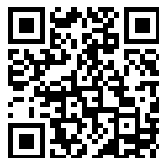

This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>





A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

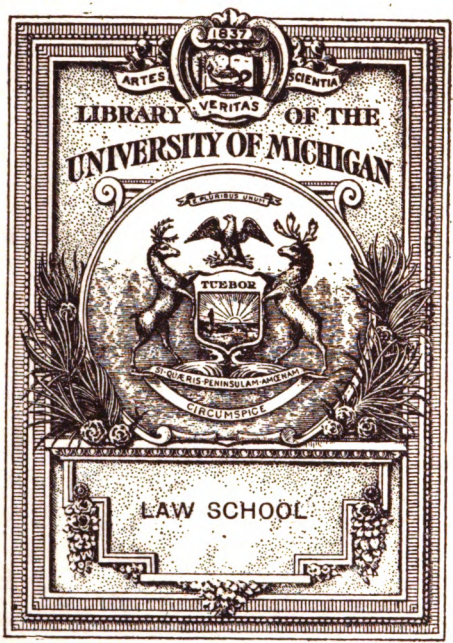
- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>

*Call
Raymond
J. [unclear]*

K21 .C725x



(FL2
R46
C934)

Star

a3837

REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et C^e, rue Racine, 26.

UNIVERSITY OF MICHIGAN LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG

Premier président à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

L. WOŁOWSKI

Membre de l'Institut.

PAUL PONT

Docteur en droit. Juge au Tribunal
de la Seine.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE

Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD

Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE

Membre de l'Institut, Inspecteur général
des Facultés de droit.

DE VALROGER

Professeur de l'histoire du droit à la Faculté
de Paris.

COIN-DELSISLE

Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE

Premier président de la Cour impériale de Paris.

DE ROYER

Ministre de la Justice.

ROULAND

Ministre de l'instruction publique.

DEMOLOMÈDE

Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD

Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté
de droit de Paris.

E. LABOULAYE

Membre de l'Institut, Professeur au collège
de France.

FL. MENNEREL

Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation
et au Ministère de l'intérieur.

MOLINIER

Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN

Professeur de législation pénale comparée
à la Faculté de droit de Paris.

KONIGSWARTER

Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON

Docteur en droit.

JOUSSELIN

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

49423

TOME XII. — 8^{me} ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1858

REVUE CRITIQUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

PRÉLÈVEMENTS ET REPRISES DE LA FEMME. — RETOUR DE JURISPRUDENCE.

L'événement capital de la jurisprudence est dans l'arrêt solennel du 16 janvier 1858, par lequel les chambres réunies de la Cour de cassation rejettent, après une discussion approfondie, sur un lumineux et savant rapport de M. le conseiller Séneca, et conformément aux conclusions remarquables et décisives de M. le procureur général Dupin, la doctrine inaugurée par la Cour de cassation elle-même il y a cinq ans (arrêt du 15 février 1853), et dans laquelle elle avait persisté depuis, sur les reprises et prélèvements de la femme et sur la nature du droit qui appartient à celle-ci vis-à-vis des créanciers de la communauté ¹.

Voici le texte de cet arrêt :

« La Cour,

» Sur le moyen unique de cassation pris de la violation des articles 1581, 1498, 1493 et 1494 du Code Napoléon, et des principes généraux du même Code sur le prélèvement des reprises de la femme à la dissolution de la communauté :

» Attendu qu'à la dissolution de la communauté, dans le cas d'acceptation par la femme ou ses héritiers, les prélèvements respectifs des époux, lorsqu'ils ont pour objet soit les biens propres de chacun d'eux existant en nature, soit leurs emplois

¹ L'appréciation de cet arrêt a été faite par M. Mimerel dans l'*Examen doctrinal* que nous donnerons en tête de la prochaine livraison.

dûment effectués, ne peuvent être exercés qu'à la charge de justifier, conformément à l'article 1402 C. Nap., de la propriété ou de la possession légale des biens à prélever; — que dans le cas du n° 1 de l'article 1470 C. Nap., les prélèvements s'exercent donc à titre de propriétaire, et constituent une véritable revendication;

» Attendu, au contraire, que c'est à titre de créancier que chaque époux prélève soit le prix de ses propres aliénés, soit les indemnités qui lui sont dues par la communauté, conformément aux nos 2 et 3 dudit article; — qu'en effet, l'action n'a alors pour cause qu'une diminution de patrimoine de l'un des époux et un profit corrélatif fait par la communauté; — que cette cause ne produit pas un droit de propriété sur des objets déterminés, et qu'il n'en résulte qu'une créance et une action mobilière;

» Attendu que l'actif de la communauté, composé de tout ce qui reste, distraction faite des objets reconnus propres à chacun des époux, après justification, est le gage commun des créanciers;

» Attendu que la femme, pour sa dot et ses conventions matrimoniales, n'obtient certains droits de préférence que sur les immeubles de son mari, conformément aux articles 2121 et 2135 C. Nap.; mais qu'aucun privilège, soit général, soit spécial, n'est inscrit en sa faveur sur les meubles de la communauté dans les articles 2101 et suivants du même Code;

» Attendu qu'on ne saurait faire résulter des articles 1470 et 1471 C. Nap. un droit quelconque d'exclusion à l'égard des créanciers, au profit de la femme, pour ses prélèvements sur les biens de la communauté; — que ces articles ne s'occupent que du partage de l'actif entre les époux et des droits respectifs de ces derniers, en impliquant toutefois la charge des dettes, aux termes des articles 1467, 1482 et 1483 C. Nap.;

» Attendu qu'un droit quelconque d'exclusion ou de préférence ne saurait résulter plus spécialement de l'article 1483; — que cet article, étranger aux droits de la femme considérés comme affectant l'actif, a uniquement pour objet de limiter, par une sorte de bénéfice d'inventaire, les effets de l'obligation personnelle de la femme, tenue, par l'effet de son acceptation, de contribuer au paiement des dettes de la communauté contractées par le mari seul;

» Attendu que les créanciers vigilants peuvent faire tous actes conservatoires et toutes poursuites légales pour s'assurer de leur gage et afin d'être payés, notamment en se conformant aux articles 1476 et 883 C. Nap.;

» Attendu que si, après le partage consommé sans fraude, la femme a le droit, sous les conditions exprimées audit article, de porter en dépense le montant de ses récompenses ou indemnités dans le compte qu'elle doit aux créanciers survenants, ce droit, qui ne consiste qu'à retenir ce qu'elle a reçu à juste titre, n'implique nullement un droit de préférence ou d'exclusion attaché à la créance ainsi payée;

» Attendu que des droits reconnus à la femme renonçante par l'article 1493 naissent pour elle des actions qu'elle exerce, à raison de leur nature, comme dans le cas d'acceptation, soit par voie de revendication, soit à titre de créance;

» Attendu, d'ailleurs, que l'article 1393, pour le cas de renonciation, n'est relatif, comme les articles 1470 et 1471 C. Nap., pour le cas d'acceptation, qu'aux rapports des époux entre eux, et ne porte aucune atteinte aux droits des créanciers vigilants sur les biens qui sont leur gage;

» Attendu que les principes ci-dessus sont applicables au cas de communauté conventionnelle;

» Attendu, en fait, que la veuve Moinet, mariée sous le régime dotal avec stipulation d'une société d'acquêts, a renoncé à cette société; que les créanciers ont formé opposition avant qu'elle ait été légitimement payée du montant de ses reprises par l'héritier bénéficiaire de son mari, qu'elle a toutefois repris sans contestation tous ses propres existant en nature;

» Attendu que la veuve Moinet ne pouvant, sous les principes du régime de la communauté, comme sous le régime dotal, prétendre aucun droit exclusif à raison de ses autres reprises sur les biens meubles appartenant ou dévolus à la succession de son mari, et n'ayant, le cas échéant, qu'une hypothèque légale sur les immeubles, l'arrêt attaqué, en la déclarant mal fondée dans sa demande à fin de prélèvement préalable, à titre de propriétaire, sur l'actif mobilier et immobilier provenant de la communauté, du montant desdites reprises, par préférence aux créanciers opposants, et en la renvoyant, quant aux biens meubles, à la distribution par contribution pour y faire valoir ses droits ainsi qu'elle avisera, n'a, dans son dispositif, violé ni

les articles invoqués du Code Napoléon, ni les principes généraux de la matière, et n'a fait qu'une juste application des articles 1493 et 2093 du même Code ;

» Par ces motifs, rejette, etc. »

Tel est l'arrêt qui vient enfin mettre un terme à cette longue lutte engagée dès le commencement de l'année 1853, et qui a été assurément l'une des plus vives, sinon la plus vive, parmi celles qui se sont produites sur le terrain de la jurisprudence.

Du reste, la rétractation a été complète ; la Cour de cassation a voulu ne rien laisser debout de la doctrine qui, durant les cinq dernières années, a inspiré ses décisions ; rien n'en reste, pas même la distinction inconséquente qu'y avaient introduite de trop timides partisans.

Ainsi, la Cour de cassation posant une théorie absolue, avait dit dans les arrêts dont elle répudie aujourd'hui le principe, que la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, exerce ses reprises ou ses prélèvements, sur les valeurs mobilières de la communauté, en vertu d'un droit de *propriété* d'où dériverait, en sa faveur, un droit de préférence vis-à-vis des créanciers du mari ou de la communauté. Or parmi les auteurs et les arrêts qui s'étaient soumis à cette jurisprudence, la plupart n'en acceptaient le principe qu'en partie ; et tandis qu'ils accordaient le droit de préférence à la femme dans le cas d'acceptation de la communauté, ils refusaient, au contraire, ce droit à la femme renonçante.

Par son arrêt solennel du 16 janvier 1858, la Cour de cassation condamne formellement cette distinction, qui, en effet, n'est pas théoriquement soutenable. Bien qu'elle eût à se prononcer spécialement dans le cas de renonciation ; bien que l'arrêt des chambres réunies de la Cour de Paris qui lui était dénoncé n'eût lui-même statué que sur ce cas, elle a pris la question dans son ensemble ; et absolue cette fois autant qu'elle l'avait été en sens inverse dans ses arrêts de 1853, 1854 et 1855, elle a décidé que la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, n'est que *créancière* de ses reprises, et qu'à défaut d'un texte qui attache un privilège à sa créance, elle ne peut venir, sur les valeurs mobilières de la communauté, qu'à contribution avec les autres créanciers.

Il y a même ceci de remarquable que la Cour de cassation,

comme pour mieux indiquer sa pensée à cet égard, condamne virtuellement quelques motifs qui, dans l'arrêt de la Cour de Paris, se rapportent au cas d'acceptation, et que tout en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt déféré à sa censure, elle déclare que cet arrêt est maintenu parce que, *dans son dispositif* du moins, il n'a violé ni les articles invoqués du Code Napoléon, ni les principes généraux de la matière.

En ceci, l'arrêt de la Cour de cassation donne, nous le croyons, aux motifs qu'il censure virtuellement dans celui de la Cour de Paris, une signification et une portée qu'ils n'ont pas. Évidemment, si ce dernier arrêt s'occupe du cas d'acceptation de la communauté par la femme, ce n'est pas pour dire que, dans ce cas, la femme aurait un droit de préférence qu'il refuse très-positivement à la femme renonçante; c'est uniquement pour fortifier sa thèse en montrant que si la femme acceptante peut, à tout prendre, invoquer à l'appui de son droit prétendu de préférence tels ou tels arguments, non pas décisifs, mais plus ou moins spécieux et qui ont pu faire prendre le change, la femme renonçante, quant à elle, n'a pas même le secours de ces arguments.

Quoi qu'il en soit, la réserve introduite par la Cour de cassation dans son arrêt, accuse mieux encore la pensée de la Cour suprême. Rien donc ne reste plus d'une théorie qui attaquait dans son principe même le régime de la communauté; après cinq ans d'agitations et de lutte, cette théorie n'est plus qu'un accident de jurisprudence: la communauté reprend son caractère traditionnel, et la vérité juridique, un instant mécon nue, est rétablie dans ses droits.

PAUL PONT.

ESPRIT ET ORIGINES DE LA COUTUME DE NORMANDIE.

SES RAPPORTS AVEC LE DROIT SCANDINAVE ¹.

Par M. F. LAFERRIÈRE, de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit.

I. Les coutumes de Normandie, en dehors de la féodalité, dérivent de trois sources :

1° Les usages de l'ancienne Neustrie, analogues à ceux des pays voisins : l'Anjou, le Maine, la Bretagne ;

2° Les coutumes danoises ou scandinaves, dont les traditions se trouvent dans les anciennes lois de l'Islande et de la Norvège, du Danemark et de la Suède ;

3° Les coutumes anglo-normandes qui se sont développées dans la Grande-Bretagne après la conquête de Guillaume I^{er} et ont réagi sur la Normandie avant sa réunion à la France par Philippe-Auguste.

Tous les jurisconsultes de la province ont implicitement reconnu le caractère mixte des coutumes de leur pays ; mais les deux plus anciens, Rouillé et Sorin, et l'un des modernes, Jacques Godefroy, ont attribué au droit romain sur les coutumes de Normandie une influence excessive et presque chimérique. Le plus récent, David Hoüart, a supposé au droit neustrien un caractère de prédomination exagérée ; et les jurisconsultes de l'époque intermédiaire, Terrien, Bérault, Basnage, se sont contentés de constater généralement une nature mixte dans les coutumes normandes, sans chercher à assigner à aucun des éléments divers sa part d'influence. Basnage, si éclairé dans la solution des questions de jurisprudence, se borne à dire sur ce point : « Nous n'avons presque rien emprunté de la loi romaine, » et notre droit y a fort peu de conformité. Notre coutume de Normandie est née pour nous, et quoique nous ayons conservé beaucoup de choses qui se pratiquaient chez les Neustriens, nous pouvons la réputer nôtre, à cause du mélange et de l'union des deux pays. » Ainsi le jurisconsulte normand retire à la loi romaine l'influence que lui avaient supposée ses

¹ Extrait du livre VII, sur l'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS, intitulé COUTUMES DE FRANCE, CONSIDÉRÉES SUCCESSIVEMENT DANS LES DIVERSES PROVINCES (V^e et VI^e volumes, sous presse pour être publiés très-prochainement).

plus anciens devanciers et accorde beaucoup plus aux coutumes neustriennes, sans toutefois en préciser le caractère.

Quant aux origines danoises ou scandinaves, elles ne sont entrevues ni par Basnage ni par les autres légistes du pays. L'antique collection des Grágás, d'origine norvégienne, traduite de nos jours par F. Schlegel, les lois de Kanut le Grand, roi de Norwége, de Danemark et d'Angleterre, dont l'ancienne version latine a été publiée en 1826 avec le texte anglo-saxon du XIII^e siècle par un professeur de l'Université de Copenhague, étaient alors des sources à peu près inconnues. On pouvait connaître, à la vérité, les recueils des lois suédoises et des lois danoises publiés à Stockholm en 1614, à Copenhague en 1710. Les lois suédoises surtout, traduites par un archidiacre de l'église d'Upsal, sur un manuscrit du XIV^e siècle, pouvaient offrir de précieuses ressources à l'investigation des origines. Mais, peu curieux des recherches de cette nature avant David Houart, les jurisconsultes normands n'en ont fait aucun usage. Quant au traducteur de Littleton, à l'annotateur des lois anglo-normandes, ses travaux s'étaient concentrés sur les coutumes de l'Angleterre et de l'Écosse, empreintes de la féodalité imposée par Guillaume le Conquérant, et il s'est borné à reproduire à la fin des lois anglo-saxonnes une version latine, incomplète et défectueuse, des lois de Kanut le Grand, et à reconnaître simplement que ces lois avaient été puisées chez les Danois et les Saxons ¹. Cette double origine aurait pu appeler l'attention de David Houart sur l'une des sources de la coutume de Normandie, mais il ne s'y est nullement arrêté.

On peut aujourd'hui remonter, avec plus de liberté d'esprit, aux diverses origines, et ce serait une étude intéressante de rapporter à chacune des sources neustrienne, danoise et anglo-normande les dispositions de la coutume de Normandie qui, même après la réforme de l'ancien *Coutumier* du XIII^e siècle par la rédaction officielle de 1583, a conservé parmi les autres coutumes son caractère d'originalité ².

¹ Coutumes anglo-normande, HOUART, t. I. — Lois de Kanut, p. 148. — Les différences du texte latin (traductions sans l'original en regard) avec la publication faite par M. le professeur ROSENGE, en 1826, sont très-considérables.

² Voir, sur l'ancien *Coutumier*, son origine, son rédacteur probable, mon tome III, p. 53 et suiv., et KILMATH, travaux, II. 31 et suiv.

La coutume officielle a été rédigée et arrêtée en l'assemblée des États de

Une monographie de ce genre sortirait des limites nécessaires du présent travail ; mais sans prétendre assigner rigoureusement la part qui doit être faite dans la coutume de Normandie à chacun des éléments indiqués, nous devons cependant remonter à quelques origines, en précisant d'abord nos idées sur les monuments et le caractère du Droit Scandinave dans ses rapports avec l'ancien Coutumier de Normandie.

II. Les Germains et les scandinaves sont deux branches d'une même famille, la famille gothique, qui s'est anciennement dirigée à l'est et au nord de l'Europe.

Les coutumes scandinaves, étudiées depuis peu de temps par des savants de l'Allemagne, sont une source historique à peu près inexplorée en France. Elles offrent cependant un intérêt majeur ; et si, pour les recherches des origines générales du droit européen, en dehors du droit romain, canonique et féodal, le droit scandinave n'est pas aussi important que le droit germanique proprement dit, il a une importance spéciale pour le droit de l'Europe septentrionale, de l'Angleterre et de la Normandie ; il a même un avantage sur le Droit germanique. Ni l'un ni l'autre n'est primitif ; tous les deux sont dérivés d'une source plus haute : mais dans la Germanie le mélange des éléments s'est fait de bonne heure, et par la multiplicité des tribus et par les relations avec le monde romain ; dans la Scandinavie, au contraire, la source du droit est restée comme isolée. Les Scandinaves, adossés aux limites du Nord, ont conservé pendant de longs siècles les éléments de leur droit national purs de tout mélange. Ils n'ont ressenti d'autre influence étrangère que celle du christianisme, qui touchait aux mœurs et aux institutions barbares pour les améliorer et les diriger dans les voies de la civilisation. On est donc à peu près certain de reconnaître dans les monuments du droit scandinave le caractère plus voisin d'un droit primordial.

Les monuments que nous étudions, pour nous en rendre compte et préparer la comparaison du droit scandinave avec le droit normand, sont trois monuments généraux qui représentent toutes les parties de la Scandinavie, savoir : 1° les

Rouen, le 1^{er} juillet 1583, mais elle ne fut homologuée par le roi en conseil d'État que le 7 octobre 1585, et apportée au greffe du parlement de Normandie que le 11 décembre 1585.

Grágás qui, rédigés pour l'Islande, remontaient aux coutumes de Norwége les plus anciennes, et sur l'origine desquels nous avons donné des détails suffisants dans le tome III de notre histoire du droit ¹; 2° les lois de Kanut le Grand, roi de Norwége, de Danemark et d'Angleterre au commencement du XI^e siècle, lesquelles contiennent en même temps les coutumes danoises, d'origine primitive, et leur application à la Grande-Bretagne²; 3° les lois suédoises qui, réunies dans un ordre bien supérieur aux coutumiers du moyen âge, et soumises à l'approbation d'une assemblée nationale par le roi Magnus Éric, représentaient les plus antiques traditions du pays ³. Les premières lois rédigées en Suède sont dues aux *Lagmans* ou juges des provinces. Dès le IX^e siècle, il est fait mention de ces lois ou coutumes. La plus ancienne qui ait été conservée est celle de la Westrogothie, attribuée au lagman Lumbar: les autres provinces, à l'exemple de celle-ci, eurent leur recueil ⁴. Ces anciens recueils n'avaient aucun caractère officiel; mais, comme les coutumiers français du moyen âge, ils jouissaient d'une grande autorité de fait et de jurisprudence. La loi d'Uplande reçut la première, au XIII^e siècle seulement, la sanction royale. Le Code de *Jutland* fut promulgué en Danemark par Waldemar, en 1240. L'idée d'un Code général fut conçue au XIV^e siècle par le roi de Suède Magnus Éric, dont le projet comprenait les anciennes lois d'Ingo II de l'an 900, d'Éric VIII, de Canut de 1168, et la révision faite en 1295, sous l'autorité du roi Birger, par douze hommes choisis à raison de leur connaissance des usages⁵. Cette codification de 1347, laissée d'abord à l'état de projet,

¹ *Grágás*, Codex juris Islandorum antiquissimus; texte islandais traduit par J.-F.-G. SCHLÉGEL, avec introduction (2 vol. in-4°. Copenhague, 1829).

Le Code des lois de la Norwége, appelé *Jonsbog*, fut introduit en Islande en 1280, après la soumission de l'île au roi de Norwége.

² *Legum regis Kanuti Magni* (d'après un Ms. de Colbert), avec texte anglo-saxon, publié par le professeur KOLDERUPE-ROSENVINGE. In-4°. Copenhague, 1826.

³ *Leges Sæcorum, Gothorumque per doctorem RAGUALDUM INGEMUNDI, ecclesiæ archid. Ubsalensis, latinitate primum donatæ*. Édit. MEISSENIUS. Stockholm, 1614. In-4°. (Mon exemplaire vient de la Bibl. de COLBERT.)

⁴ Voir la Notice de M. le comte ÉRIC SPARRE sur l'ancien droit de la Suède, 1847; *Revue de droit français et étranger*. — Les provinces les plus considérables furent, au XIII^e siècle, en possession de leurs statuts particuliers. La loi d'*Upland* est citée dans les lois suédoises, liv. III, ch. 5, p. 84.

⁵ Il est connu sous le titre de *Magnus Ericson Landslay, meglæaer*.

et revêtue de la sanction publique un siècle après seulement, en 1441, sous le roi Christophe, fut traduite en 1481 par l'archidiacre d'Upsal, Raynal Ingemundi, et publiée sur les meilleurs manuscrits, en 1614, par Messenius¹. Ce Code suédois est d'une grande importance : résultat de plusieurs compilations et révisions anciennes, il contient les anciens usages conformes à ceux des Grágás et aux Lois de Kanut le Grand ; mais en leur donnant une forme plus précise ou plus explicite, il confirme, il éclaire les anciennes coutumes de la Scandinavie, et il atteste la durée de ces coutumes depuis les temps les plus reculés jusqu'aux XIV^e et XV^e siècles.

Un usage commun à toutes les régions de l'antique Scandinavie avait dû être, au surplus, bien favorable à la conservation des coutumes : c'était la récitation annuelle des lois du pays dans l'*Alting*, assemblée générale du pays ou de la province.

Les Grágás furent transmis oralement par le promulgateur jusqu'au temps de leur rédaction au XII^e siècle ; de même, les anciennes lois de la Norwége, du Danemark ou de la Suède furent récitées annuellement dans les assemblées provinciales par le Lagman. De là vint la connaissance populaire des lois et coutumes qui s'est longtemps conservée en Scandinavie et qui n'est pas encore perdue ; — de là vint la persistance de leur caractère propre et national sans mélange de droit romain, qui est telle qu'encore aujourd'hui dans la célèbre université d'Upsal, fondée en 1477, le latin n'est pas exigé de ceux qui veulent étudier le droit². — De là vint aussi la transmission des dénominations les plus anciennes jusque dans les âges modernes, spécialement le *NAMP* de la coutume de Normandie de 1583, pour prise de possession et de gage, qui se trouve dans les lois de Kanut le Grand, et jusque dans l'*inscription runique* du XI^e siècle sur la roche fameuse de *Dighton*, où les Scandinaves ont gravé la prise de possession de la partie nord du continent qui depuis s'est appelé l'Amérique. Ce sont les Sagas ou récits anciens de l'Islande, relatifs aux découvertes faites par les Scandinaves pendant les X^e et XI^e siècles au nord du continent

¹ L'introduction au Recueil publié par MESSENIUS, en 1714, contient des détails utiles sur les éléments du Recueil des *Leges Suecorum, Gothorumque* (1614).

² *Voyage dans le Nord*, par M. CLAUSADE, docteur en droit, p. 311 (1850).

américain, qui ont fourni, de nos jours, à la perspicacité des savants de Copenhague le moyen d'expliquer l'inscription runique de *Dighton Writing Rock*¹. Et chose certainement sans exemple dans l'histoire, l'une des origines scandinaves de la coutume de Normandie pour la prise de possession et les NAMS se trouve attestée et inscrite, quatre siècles avant la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb, sur un rocher mystérieux de l'autre hémisphère !

III. La coutume de Normandie, comme nous l'avons dit, dérive de trois sources, le droit neustrien, le droit scandinave, le droit anglo-normand. Mais la difficulté est de reconnaître la part d'influence qui doit revenir à chacun des éléments primitifs.

Il me paraît certain, d'abord, que tous les principes de la coutume qui se trouvent en grande analogie avec les coutumes de Bretagne, d'Anjou, de Touraine et pays circonvoisins doivent être rapportés au droit de l'ancienne Neustrie, c'est-à-dire aux coutumes indigènes, gallo-romaines et gallo-franques, répandues sur une certaine étendue de territoire, au moment de la cession de la Neustrie aux hommes du Nord. — Il me paraît ensuite également certain que tout se qui s'éloigne du droit commun à cette vaste région et prend un caractère propre et spécial à la coutume de Normandie doit le plus souvent avoir sa source dans les coutumes scandinaves ou dans les coutumes

¹ Sur le NAM islandais, voir l'explication donnée par les professeurs MAGNUSEN et RAFN, de l'inscription runique et figurative reproduite dans l'histoire des peuples du Nord, par WEATHON, traduite par M. P. GUILLOT, avocat, p. 498 (1844). *Nam* est dans l'inscription.

Leges Kanuti, de Nam accipiente, cap. 18, p. 48. *Nam*, dit M. R. ROSENVINGE, in *legibus danicis vox notissima*.

SORIN, dans son Commentaire sur le Grand Coutumier de Normandie, s'est beaucoup tourmenté de l'étymologie du mot NAM. — Il le fait dériver d'abord du mot *nancio*, mot ancien (dit-il) d'où est venu *nanciscor*, acquérir. Il pouvait approcher de la vérité en remontant plus haut; mais il aima mieux se débarrasser de l'étymologie, qui ne cadrerait pas suffisamment avec l'idée des *Namps* de la jurisprudence moderne, qui par là entend la prise de gage mobilière; et il propose tout simplement de changer l'N en M, et de dire *Mans a Manu*, pour la prise de gage avec la main. Voilà où en est la philologie du commentateur normand du XVI^e siècle. (De la délivrance de *Namps*, Cout., p. 242.) — Dans la coutume, on emploie le mot *Nam* ou *Namp* au pluriel. L'auteur de l'esprit de la coutume dit *Nams* (p. 31), *Nams*, vifs; *Nams*, morts.

Ancienne cout. de Normandie, chap. 7. — Cout. de 1583, art. 63.

anglo-normandes, sauf à s'en assurer par la conférence des textes.

En suivant cette règle de critique pour l'étude des anciennes coutumes de Normandie, on arrive à des résultats qui s'expliquent très-bien par le genre d'établissement des Northmans dans la Neustrie, par la continuité de leurs relations avec les régions du Nord, et par leurs rapports ultérieurs avec l'Angleterre conquise : tous ces peuples furent si souvent confondus dans leurs guerres, leurs conquêtes, leurs émigrations, qu'ils ont dû beaucoup emprunter réciproquement de leurs mœurs et institutions¹.

Les Northmans en s'établissant dans la Neustrie ont suivi naturellement leur droit national quant à l'état des personnes, car les hommes en se fixant librement sur un sol étranger peuvent bien adopter les coutumes territoriales en ce qui concerne la propriété qu'ils partagent, mais ils ne dépouillent pas leur personnalité. Le statut personnel qui accompagne l'homme partout, selon les règles juridiques, est la conséquence de cette personnalité naturelle.

Or, dans l'ancien droit scandinave, il y avait quatre classes de personnes :

1° Les grands propriétaires appelés *comites* ou *domini*, qui avaient reçu, dans le partage primitif fait par la nation scandinave, ou dans la colonie de l'Islande, de vastes domaines selon leur rang auprès du roi ou du chef de l'émigration² ;

2° Des hommes libres, appelés *liberales* dans les lois danoises de Kanut le Grand qui étaient des possesseurs de terres libres, *alodium* ou *boclande* en langue du Nord ;

3° Les hommes de condition médiocre, appelés *subliberales* dans les lois danoises de Kanut le Grand, *tributarii* dans les lois suédoises³ ;

4° Les serfs appelés *servi* dans les lois de Kanut, *famuli in obsequio* dans les lois suédoises, et pour lesquels les maîtres étaient répondants et *pléges*⁴.

¹ M. WEATHON, *Histoire des peuples du Nord*, p. 315.

² Leges KANUTI, c. 143 et c. 19, p. 22.

³ Leges KANUTI, c. 144. — Leges Suecorum, Gothorumque, lib. II, c. 10, p. 58.

⁴ KANUT, Leges seculares, c. 32 et 33. — Quod dominus pro familia sua

Cette division des personnes a été transportée par les Northmans dans la province qui leur était concédée. A l'époque où ils s'embarquèrent pour l'Occident, Rollo et ses principaux compagnons étaient égaux ; mais par suite des progrès de la conquête en Neustrie et par l'habitude de l'obéissance militaire (dit M. Weathon dans son Histoire des peuples du Nord), ils l'avaient choisi pour chef en lui donnant le titre de duc ; et au moment de la cession de la Neustrie par le roi de France, les principaux compagnons ou *comites* devinrent, sous l'influence de la féodalité, comtes et barons avec possession de vastes domaines ; — c'était la première classe de personnes, conforme aux institutions scandinaves.

« Les hommes libres, qui étaient à la suite du chef, dit encore M. Weathon, devinrent chevaliers ¹. » — C'étaient les *hominnes liberales* des lois danoises, les thanes des lois anglo-saxonnes, qui formèrent la deuxième classe.

Ceux d'une condition inférieure, comme les simples guerriers et les habitants ordinaires du pays, représentèrent les *subliberales* ou les *tributarii* des lois scandinaves, qui devinrent sur le sol de la Normandie des tenanciers libres sous la charge d'une rente pour leurs biens en *bourgage*, ou situés dans les villes et bourgs ; ils devinrent aussi plus tard des vassaux soumis aux devoirs féodaux et censiers : — c'était la troisième classe de personnes qui fut mixte sous l'action de la féodalité, et que Guillaume de Jumiège, dans son Histoire de Normandie écrite vers l'an 1080, comprend sous la dénomination générale de *Rustici* ².

respondeat de plegis, c. 32, p. 54. — Leges Suecor., Gothorumque, II, c. 17, p. 64.

¹ Histoire du Nord. M. WEATHON dit les *Suivants*. M. WEATHON a, par intuition plus que par une étude de détail, reconnu qu'il y avait de grands rapports entre les lois scandinaves et les coutumes de Normandie. Il dit chap. 12, p. 316 : « La coutume de Normandie a beaucoup de ressemblance avec les anciennes lois scandinaves et anglo-saxonnes. » M. WEATHON n'entre dans aucun autre détail pour établir les rapports qu'il a pressentis entre les coutumes normandes et les coutumes scandinaves, et que nous avons établis par les textes.

² *Rustici unanimis per diversas totius normanicæ patriæ comitatus, plurima agentes conventicula, juxta suos libitus vivere decernebant.... His Rustici expertis, ad sua aratra sunt reversi.* (Willelmi Gemmet. Hist. Norm., lib. I, c. 2. Circa annum 996.) — M. RAYNOUARD (Dr. Mun., II, p. 309) regarde cette insurrection comme une tentative de *Communes*.

Enfin la quatrième classe comprenait les *servi*, les hommes de servage attachés à la glèbe, les vilains qui, sous l'empire des hommes du Nord convertis au christianisme, transformèrent, avec le temps, la condition du servage réel en condition de colons libres, sous le titre de fermiers et de fermiers partiaires¹.

Cette division des personnes, née à l'origine de la cession de la Neustrie en 911, semblait préparée d'avance pour une hiérarchie féodale qui, à partir du chef direct, seul investi de la haute justice, avait ses degrés successifs—par les comtes et barons, — par les chevaliers, — par les vassaux et tenanciers d'un ordre inférieur. Les habitudes militaires des Normands les conduisirent à lier étroitement les possesseurs du sol au service des armes par la dépendance hiérarchique; et l'esprit pratique des légistes normands réduisit en système la loi féodale, instrument de domination, arme de toute pièce qui fut appliquée un siècle après, par Guillaume le Conquérant, sur la terre de la Grande-Bretagne, et dans les lois anglo-saxonnes d'Édouard le Confesseur, habilement appropriées aux formes de la féodalité normande.

En s'établissant dans la Neustrie, avec les diversités de leur condition personnelle, les hommes du Nord avaient pris leurs femmes dans le pays même; et ils se sont trouvés dans la nécessité de suivre des règles ou des coutumes sur les rapports des époux quant aux personnes et aux biens, sur la constitution personnelle et réelle de la famille présente, future ou préexistante.

Tout mariage est en même temps une mise en commun des mœurs et des habitudes de chacun des époux, et un pacte entre les familles respectives. Les Scandinaves ont dû par la force des choses unir, dans le mariage, leurs mœurs nationales et les coutumes de leurs pères aux coutumes des habitants de la Neustrie. Il serait difficile de supposer que le mari n'aurait pas conservé dans l'association conjugale une partie des usages de sa nation ou des habitudes dont il avait été le témoin dans sa propre famille et pendant sa jeunesse.

Les lois scandinaves ne connaissaient point les contrats par écrit : les mariages se célébraient en présence de parents et

LITTLETON, sect. 204, *Manumission*. — Cout. de Norm., art. 501 et 551.

d'amis, qui étaient dépositaires et témoins des conventions matrimoniales. Cet usage, modifié seulement par les rites de l'Église, a été suivi dans la Normandie; les fiançailles et le mariage se faisaient sans écrit en présence de parents ou d'amis; et même dans les temps modernes, où l'habitude des contrats authentiques s'était répandue par toute la France, l'usage dans la province de Normandie s'était introduit, à la suite de l'ancienne coutume, de faire *des contrats de mariage sous seing privé*, qui valaient surtout par la déposition des témoins de l'union conjugale ¹.

Dans la coutume de Normandie se trouvent des dispositions spéciales au droit normand sur la puissance du mari, sur la dot apportée par la femme, sur la société d'acquêts en biens de bourgage, sur le régime dotal.

La puissance du mari est telle sur la personne de la femme non séparée de corps, que celle-ci n'a jamais la faculté d'ester *en jugement sans l'autorisation maritale* et que l'autorisation de la justice ne peut y suppléer. C'est la règle écrite dans les lois suédoises : *Factus est vir caput mulieris et pro ea agere debet in judicio* ². Cette puissance du mari, qui avait son principe dans les mœurs scandinaves, s'exerçait même en Normandie, comme en Suède, dans les rapports personnels par des actes de violences graves, par des *batures* excessives sur la personne de la femme et de ses fils. Les lois suédoises prévoient le cas de mort de la femme et des enfants : « Si maritus uxorem *ea rigiditate* plectet ut inde moriatur; — si liberi *ea indiscretione* castigantur ut inde moriantur ³. » Le même caractère de violence et le même besoin d'en arrêter les excès, dans les *batures* de la mère et des fils, sont attestés, de la fin du XIII^e au XIV^e, siècle par l'ancien coutumier de Normandie (art. 85), qui prévoit le cas où le mari, pour châtier sa femme, la *méhaigne, lui brise les bras et lui crève les yeux*. Le coutumier pose la règle générale du pouvoir absolu du mari : « Le mari a seigneurie sur sa femme.....

¹ BASNAGE, sur l'article 447 de la coutume de Normandie. — Le NOUVEAU DENISART, t. VI, p. 710. — Lettre du chancelier d'AGUESSEAU au parlement de Rouen, t. IX, lettre 293 (édit. Pardessus).

² Leges Suecorum, Gothorumque, lib. III, c. 6, p. 85. — Coutume de Normandie, art. 538.

³ Leges Suecorum, lib. IV, c. 9 et 10, p. 101 et seq. — Grand Coutumier de Normandie, ch. 85.

la femme étant à *la poste* de son mari, il peut disposer d'elle, et de ses choses et de ses héritages ¹. » Cependant quand les batures étaient excessives, la justice intervenait ou permettait à *la femme d'être ouye* ². — Et lorsqu'il s'agissait des rapports entre époux à l'égard des biens, comme des intérêts de famille pouvaient être compromis, la puissance maritale fut contenue, dès l'origine, et réglée même sur ce point par des garanties.

De là un régime particulier qui a fait de la condition de la femme normande une condition *sui generis* dans l'ensemble des pays coutumiers.

Trois choses caractérisent cette condition particulière :

1° La femme apporte une dot à son mari; et pour les biens qu'elle se constitue en dot ou qu'elle possède, elle a les garanties d'un régime dotal;

2° La femme n'est pas commune en biens, mais elle est *héritière de son mari* pour une portion des meubles qui lui appartiennent;

3° La femme est associée avec son mari dans les acquêts en *bourgage*, acquêts en immeubles situés dans les villes et bourgs ou leur territoire :

D'où viennent ces dispositions spéciales de la coutume de Normandie?

1° Le régime dotal des Normands venait-il du droit romain? L'affirmative est l'ancienne opinion de Rouillé, de Sorin, premiers commentateurs du coutumier. — Basnage, sans rapporter formellement l'origine de la dot normande au droit romain, rapproche les usages territoriaux de la loi romaine et applique celle-ci par analogie ³. — David Houart, pour expliquer la dotalité dans la coutume de Normandie, ne remonte pas à l'autorité du droit romain de l'empire; mais il rappelle que Yacarius, de l'école de Bologne, avait au XII^e siècle enseigné le droit de Justinien à l'université d'Oxford, et il suppose que le droit romain sur le régime dotal avait alors passé de l'Angleterre en Normandie.

¹ Grand Coutumier de Normandie, ch. 100, *De mariage encombré*.

² Grand Cout., ch. 85 : « Aucun n'est tenu de faire loi pour simple *bature* qu'il ait faite à sa femme; car on doit entendre qu'il le fait pour *la chastier*. »

³ BASNAGE, spécialement sur l'article 250, p. 594, à l'occasion du franc-alleu, et p. 597, à l'occasion de l'exclusion de communauté. — Sur YACARIUS, voir mon tome IV, *Hist. du droit français*, p. 322.

Dans l'opinion qui attribue au régime dotal des Normands une origine romaine, il y a donc deux hypothèses : l'une que ce régime remonte à l'ancien droit romain de l'empire, au droit gallo-romain de la Neustrie; — l'autre que ce régime naît de l'enseignement et de la propagation du droit de Justinien par les professeurs de l'école de Bologne.

Mais à la première hypothèse je fais cette objection que si le régime dotal des Normands avait son principe dans l'ancien droit de l'empire, dans le droit gallo-romain de la Neustrie, il ne serait pas spécial à la province de Normandie et devrait aussi bien se retrouver dans les provinces voisines, l'Anjou, le Maine, la Touraine, etc., qui étaient soumises à la même domination et à la même législation dans la Gaule romaine : or ces provinces sont tout à fait étrangères à l'idée de régime dotal; donc le droit spécial de la Normandie, sous ce rapport, n'a pas son principe dans le droit gallo-romain.

A la seconde hypothèse je réponds que si le régime dotal des Normands était l'effet de la propagation du droit de Justinien par l'école des glossateurs et par l'un de ses disciples, Vacarius, il serait conforme au droit de Justinien, et par conséquent l'immeuble dotal serait inaliénable, selon le principe fondamental établi, à cet égard, par le Code de cet empereur : or, dans la coutume de Normandie, l'immeuble dotal peut être aliéné par le mari et la femme figurant ensemble dans la vente, et même quelquefois la vente faite par le mari seul est inattaquable : — donc le droit spécial de la Normandie sous le rapport de la dotalité n'a pas son principe dans le droit de Justinien.

Où est ce principe? — Nous n'hésitons pas à le dire : il se trouve dans les lois ou les coutumes scandinaves ¹.

Il n'en est pas de l'ancien droit scandinave comme du droit germanique qui ne connaissait pas originellement la dot apportée par la femme, mais seulement la dot apportée par le mari, ou le morgengab, devenu dans nos coutumes le *dotalitium*, le douaire.

Le droit scandinave connaissait les deux choses : la dot de la femme et le douaire.

Les Grágás, les lois de Kanut le Grand, les lois suédoises ont des titres sur la constitution, sur la restitution de la dot en meubles ou en immeubles; et les droits du mari et de la femme agissant ensemble, ou du mari agissant seul quelquefois pour la

vente des biens de la dot, sont précisément ceux que nous retrouvons dans l'ancien coutumier de Normandie et la coutume de 1583. Le droit des époux pour l'aliénation des biens dotaux existe dans les deux ordres de coutumes. Mais les Grágás et les autres lois scandinaves veillent à ce que le mari n'abuse pas de son pouvoir, et à ce que les biens de la femme aliénés par les époux ou par le mari seul soient *remplacés* par des biens équivalents. De même, le remplacement des biens dotaux ou le *remploi* occupe une grande place dans la coutume de Normandie; et ce droit d'aliéner, avec la faculté de remplacer les biens dotaux par des équivalents, est ce qui distingue le régime dotal des Normands du régime de la dotalité romaine. — Eh bien! ce régime particulier, qui concilie la liberté des époux avec les garanties de la famille, et ne compromet les droits des tiers acquéreurs qu'en cas de *mariage encombré*, c'est-à-dire lorsque la femme n'est pas entièrement indemnisée ou convertie par les biens du mari, se trouve également dans les coutumes de Normandie, et dans les coutumes de la Norvège, de l'Islande, du Danemark et de la Suède ¹.

Il ne faut donc pas chercher d'autre source du régime dotal des Normands. Et ce régime, ces garanties existent dans les lois scandinaves, non comme un simple germe d'institution; mais comme une institution régulière et développée. — Que dans les temps modernes, la jurisprudence parlementaire, les jurisconsultes de la Normandie aient appliqué à la condition de la femme normande des règles de droit romain analogues à sa situation, cela n'est pas douteux et cela devait être, car le droit romain, dans ses amples développements, offrait les plus grands

¹ Grágás, tit. 17 et 53, t. I, p. 329 et 376. — Sur la restitution de la dot en cas de divorce et de séparation *ad thorum*, voir SCHLEGEL, Dissert. en tête du Grágás, § 32, p. 106; — sur le remplacement ou remploi par échange, *Leges Suecor. et Goth.*, c. 17; — le droit du mari de vendre les biens de la femme, *id.*, c. 15, p. 116; — la restitution de la dot, c. 10, p. 90. (Lois de Kanut, c. 73.)

Coutume de Normandie, art. 539, 540, 542 : Dot aliénable, sauf remplacement; — femme peut consentir à l'aliénation. Les biens vendus par le mari doivent être restitués si le mari *n'est pas solvable*. Dans ce cas, la femme agit par *bref de mariage encombré*, action annale; ou elle peut même après l'année, et pendant quarante ans, exercer l'action de *loi apparente*, action réelle, en revendication. (LITTLETON, I, p. 332. — GRANVILLE, liv. VI, c. 13. — Principes généraux du droit civil et coutumier de Normandie, par Ch. ROUTIER, ch. 3, p. 187 et suiv.; 1742.)

secours aux légistes pour les questions particulières : mais le point de départ était dans le Nord, mais l'institution elle-même était dans le droit scandinave.

La femme normande, du reste, et sa famille étaient plus protégées encore que la femme et la famille romaine contre l'influence et l'autorité du mari. Les donations entre époux pendant le mariage étaient formellement prohibées par la coutume de Normandie. La femme était soustraite d'avance à l'empire de son mari non-seulement pour les donations entre-vifs, mais aussi pour les donations à cause de mort, autorisées en droit romain et défendues par les coutumes scandinaves¹. Le don mutuel même, qui était admis en France dans les pays de communauté, n'était pas connu dans la Normandie, nous dirons ailleurs pourquoi². Il n'y avait de permis qu'un don de meubles ou d'immeubles assimilés aux biens mobiliers ; et ce don, qualifié de *mobile*, devait faire partie des conventions matrimoniales.

Le don mobile, espèce particulière d'avantage que la femme faisait à son futur sur les biens de sa dot, conformément aux dons que la fiancée pouvait faire dans les usages scandinaves, était valable même dans les contrats de mariage sous seing privé qui avaient, en Normandie, succédé aux conventions purement verbales importées de la Scandinavie³.

Le douaire était connu dans la coutume de Normandie ; il se trouve également dans les lois germaniques sous le nom de *morgengab* ou don du matin, dans les lois danoises et anglo-saxonnes de Kanut le Grand sous le nom de *morgengyfe*, et dans les lois suédoises avec une énonciation dont la conformité avec l'article de la coutume de Normandie est frappante. L'ancien coutumier de Normandie dit : « Au coucher ensemble, gaigne femme son douaire⁴ ; » et les lois suédoises por-

¹ De même dans les lois suédoises..... *Quicumque plus donaverit quam jam est dictum, fit irritum, et si plus donatum fuerit, restituatur hereditibus.* (*Leges Suecorum Gothorumque*, lib. III, c. 9, p. 88.)

² Cout. de Normandie, art. 250. — Voir mon tome VI, ch. 8, sect. 3, n° 4.

³ BASNAGE, sur l'article 447 de la Coutume, t. II, p. 262. — MERLIN, *Quest. de droit*, t. III, p. 376. — WEATHON, *Hist. des peuples du Nord*, ch. 12, p. 314, dit « que les Danois n'avaient pas l'habitude de contrats publics ou privés, et que leurs contrats étaient passés devant témoins et conservés par la tradition et le témoignage des voisins. »

⁴ Ancien Coutumier de Normandie, ch. 101, alin. 6. — La coutume de Nor-

tent : *Postquam vir et uxor condormiverunt prima nocte*¹. »

Dans les coutumes de Normandie, au surplus, comme dans les lois scandinaves, le douaire est fixé *au tiers* des biens du mari ; et cette règle, qui a passé dans la grande charte des Anglais de l'an 1215, a été adoptée, dans une vaste région à l'ouest de la France centrale².

2° Examinons maintenant le second caractère attaché à la condition de la femme normande, savoir, sa qualité *d'héritière pour un tiers dans les meubles de son mari* (pour le tiers s'il y a des enfants du mariage, pour la moitié s'il n'y a pas d'enfants³).

Cette qualité d'héritière de son mari, qui est une disposition toute spéciale dans la coutume de Normandie, pourrait-elle venir du droit romain ?

Nous reconnaissons que dans l'ancien droit civil de Rome la femme mariée *in manu*, tombant sous la puissance maritale, était considérée comme la fille de son époux : en cette qualité elle était héritière du mari, cohéritière de ses propres fils ou filles, et dans la succession elle prenait une part d'enfant. Mais ce droit d'hérédité, mais cette part que lui attribuait l'ancien droit romain, elle ne l'avait pas seulement dans les meubles, elle l'avait dans tous les biens du mari. D'après la coutume de Normandie, la femme n'a pas une part d'enfant, à proprement parler ; elle a toujours un tiers ou la moitié, et cette attribution de part elle l'a seulement dans les biens meubles qui appartaient au mari lors du mariage ou qu'il a pu recevoir et acquérir depuis : c'est donc un droit tout particulier à la femme normande, et qui ne représente ni le droit de la femme romaine, ni le droit

mandie de 1583 dit aussi explicitement, art. 361 : « La femme gagne son douaire au coucher..... »

¹ Leges Suecorum Gothorumque, lib. III, c. 9, p. 88. — *Idem*, c. 6. Et postquam per noctem condormiverunt..... quas donationes, nuptiales seu dotem appellamus (p. 85).

² *Grágás*, tit. 23, t. I, p. 327. — Leges Kanuti, c. 73, p. 92. — Leges Suec., et Goth., lib. III, c. 14, p. 90. — Magna Carta, art. 8 : Assignetur ei pro dote sua *tertia pars* totius terræ mariti sui, quæ sua fuit in vita nisi de minori dotata fuerit ad ostium ecclesiæ. (Lois et Ord., Recueil d'ISAMBERT, I, p. 304.)

Grand Coutumier de Normandie, ch. 2, *De Coust.* : « Coutume est que la femme qui a son mari mort ait la tierce partie du fief qu'il tenait au temps qu'il l'épousa. » — Sur le droit de l'ouest, voir mon tome VI, ch. 6, sec. 2 et 3.

³ Cout. de Normandie, art. 392. — Principes du droit normand, p. 168.

des autres femmes d'après les coutumes de France. — Or ce droit singulier de la femme normande, sur lequel les interprètes n'ont pu donner aucune explication, il existe de la manière la plus précise et la plus nette dans les coutumes scandinaves. Les Lois suédoises ont même à cet égard une formule qui contient de la part du père, en faveur de sa fille, la stipulation du droit de succession pour un tiers dans les biens mobiliers ; elle est ainsi conçue :

« Quand le fiancé demande au père ou au tuteur que la future lui soit accordée, que le père ou tuteur se serve de ces paroles : « Je te donne ma fille pour épouse, en toute honnêteté, pour » dormir avec toi, pour tenir les clefs de tes serrures et pour » posséder la *tierce* partie de tous les *biens mobiliers* que vous » possédez maintenant et que vous posséderez dans l'avenir ; » — et pour tout droit conforme aux lois et constitutions du » territoire d'Upland qu'a promulguées le saint roi Éric ¹. » — Le chapitre XIV complète la démonstration en ordonnant le partage des biens après la mort du mari pour régler les droits de la femme qui veut passer à un second mariage : « Residuum » vero in tres partes dividatur, liberi recipiant duas partes et » *tertiam* mater de *mobilibus bonis* ². » — Dans les lois de Kanut le Grand, la femme est aussi héritière de son mari pour *un tiers* avec ses enfants, mais le droit s'est modifié chez les Anglo-Saxons, en ce sens que le tiers porte sur la terre comme sur les meubles, *aut de terra, aut de alia re* ³. C'est donc la coutume scandinave toute pure qui a passé dans la coutume de Normandie : la femme est de plein droit héritière des meubles de son mari pour un tiers ; et si elle veut s'affranchir des dettes, elle doit renoncer à la succession de son mari.

3^e Enfin, un troisième caractère distingue la condition de la femme normande : elle n'est pas commune en biens avec son mari, mais elle est associée pour moitié aux acquêts faits en bourgage. Comme héritière des biens meubles de son mari, elle ne transmet rien à ses propres héritiers si elle meurt avant son époux ; car elle ne peut avoir de droits acquis et transmissibles que si la succession du mari s'est ouverte à son profit ;

¹ Leges Suecorum Gothorumque, lib. III, De jure connubiali, cap. 5, p. 83.

² Leges Kanuti, lib. III, c. 19, p. 90.

³ Leges Kanuti, c. 73. *De mortuo non calumpniato.*

mais comme associée aux biens acquis en bourgage, si elle meurt la première elle transmet son droit à ses héritiers¹. La tenure en bourgage, comme on l'a dit, s'applique à des héritages roturiers situés dans le territoire des bourg et des villes, et le propriétaire ne doit au seigneur que la déclaration de ces biens sans charge aucune de droits féodaux ou censiers. L'association conjugale portant sur des biens *roturiers*, qui cependant ne sont pas féodaux et pour lesquels la société d'acquêts entre les époux existe de plein droit, est en rapport avec une disposition des Grágás, d'après laquelle les époux qui n'avaient rien au commencement, c'est à-dire d'*humble condition*, et qui avaient fait des acquisitions pendant leur mariage, étaient de plein droit communs *dans les biens acquis* : « Ubi conjuges ab initio, quamvis egeni, facultates lucrati sunt, leges eorum bona in communione declarant². »

La société d'acquêts, en France, en pays de droit écrit, s'est unie avec le régime dotal, mais elle embrassait les biens acquis de toute nature, soit mobiliers, soit immobiliers ; ce n'est qu'en Normandie que la société d'acquêts a été limitée ainsi à une seule nature de biens ; et cette singularité dans une des provinces de France s'explique par les plus anciens usages du Nord.

Ces observations et ces résultats suffisent, sans doute, pour établir que l'influence des coutumes scandinaves s'est exercée efficacement, dans les coutumes de Normandie, sur la constitution personnelle de la famille, sur le régime des biens entre époux, sur la condition, toute spéciale en droit, de la femme normande.

La même influence ne dut pas s'exercer sur la constitution réelle de la famille et l'ordre des successions.

Les hommes du Nord, en devenant habitants de la Neustrie, en s'alliant aux familles depuis longtemps fixées sur le territoire, ont dû naturellement adopter le droit des familles préexistantes, dans ses rapports avec les biens à partager, à recevoir, à transmettre par succession. Le droit indigène, le droit réel de la Neustrie, analogue aux coutumes des provinces voisines, a dû principalement se maintenir dans cet ordre d'idées et d'usages. De là une classe de dispositions qui, dans les coutumes de Nor-

¹ Cout. de Normandie, art. 29, TERRIEN, L. 7, ch. 7, § 6.

² Grágás, tit. 22, t. 1, p. 335.— Les Grágás ajoutent que la portion est deux tiers pour le mari, un tiers pour la femme.

mandie, se rapportent au droit commun de la région territoriale où était située la province.

Dans cette classe se trouvent : l'égalité des partages dans les successions de meubles, de biens en bourgage et d'alleux simples ou roturiers ; la distinction des propres et des acquêts à laquelle correspondent deux espèces d'héritiers¹ ; le caractère d'hérédité légitime qui empêche le père, le parent de disposer librement de ses biens propres et se traduit par cette maxime reçue en Normandie : « Nos biens ne sont pas à nous, mais à notre famille » ; la règle de la réversion héréditaire des biens paternels aux parents paternels, des biens maternels aux parents du côté de la mère ; le retrait lignager comme un droit inviolable de la parenté² ; et enfin pour les dettes héréditaires cette règle, contraire au droit romain qui avait établi, dès la loi des Douze Tables, la division des dettes entre héritiers, mais conforme au droit de la Bretagne, de l'Auvergne et fondée sur l'esprit de famille, savoir, que les héritiers sont *débiteurs solidaires* des dettes du défunt³.

Voilà donc, dans la constitution de la famille considérée au double point de vue personnel et réel, deux grandes classes de dispositions, dont les unes dérivent de la source scandinave, et les autres de la source neustrienne.

La dernière source des coutumes de Normandie est, comme on l'a dit, dans le droit anglo-normand. De là dérive une troisième classe de dispositions dont le principe est né ou s'est développé en Angleterre, et a ensuite réagi sur les coutumes de

¹ Cout. de Normandie, art. 245, 246, 248. — Explication du 12^e titre de la coutume de Normandie, par P. DE BLANCHECAPE, prieur des Facultés de Caen, p. 90 et suiv. (1662, in-4^o). — Esprit de la coutume de Normandie, p. 136.

² Esprit de la coutume de Normandie, tit. 9, p. 91 (édit. 1701).

³ Le droit de retour pour les proches ou le retrait lignager existe dans les *Grågas*, mais comme purement *conventionnel*. Il existe dans les lois suédoises, comme dans les coutumes celtiques, sans stipulation : le progrès s'est fait en Scandinavie d'un code à l'autre.

⁴ HÉVIN sur Frain, II, p. 848. — Cout. d'Auvergne, 102. — MASUER, tit. 31, n^o 1. — Nouv. Cout. de Bretagne, art. 592, est contraire. — Placités de Rouen, 130, sont conformes. — J. GODEFROY dit, sur la coutume de Normandie (tit. 12), que c'est parce que l'héritier représente le défunt. — Voir BLANCHECAPE, sur le tit. 12, p. 44, et un Mémoire de M. le professeur CAUVET sur l'Organisation de la famille, d'après la coutume de Normandie, p. 31 (*Revue de légis.*, année 1847).

la province continentale. Pour les dispositions d'ordre civil, je citerai trois exemples saillants : l'exclusion de la communauté entre époux ; — le droit de viduité en faveur du mari ; — le droit des paroisses sur les communaux.

1° Si la coutume de Normandie avait toujours suivi les traditions scandinaves pour régler les rapports des époux, elle n'aurait pas exclu absolument la communauté. Les Grágás, en effet, permettent aux époux d'établir la communauté entre eux, quand leurs biens sont égaux : « Duo conjuges si voluerint et æqua adfuerit conditio bonorum, *instituunt communionem*, que etiam inter hæredes eorum valeat¹. » La communauté, par conséquent, n'existait pas de droit dans les anciennes lois scandinaves, mais elle était admise d'après la convention des époux. La coutume de Normandie, au contraire, est formellement prohibitive; et seule, en pays coutumier, elle a ce caractère exclusif. Cette exclusion n'a pu lui venir que de la Grande-Bretagne, qui avait reçu des lois de Kanut le Grand, de l'influence du Droit romain et des mœurs du pays, le régime de non-communauté².

2° Le droit de viduité en faveur du mari existe dans les coutumes de la Grande-Bretagne. Il est qualifié, dans les Institutes de Littleton, de *Courteoisie d'Angleterre*, parce qu'il n'existe (disent les Institutes) en aucun autre royaume : « Et est appel » tenant per la Curtesie de Angleterre, pur ceo que ceo est use » en nul auter realme forsque tant solement en Angleterre³. » — Les jurisconsultes anglais se sont trompés sur ce point ; car le droit de viduité en faveur du mari est consacré par les lois suédoises⁴. Mais il me paraît certain cependant que c'est la coutume anglaise qui a passé en Normandie : la loi d'Angleterre exige, en effet, qu'un enfant du mariage, mort *avant* ou après

¹ Grágás, tit. 22, *De conjugum bonorum communione*. — La part du mari était des deux tiers, celle de la femme du tiers. *Ita semper ex jure conjugum bonorum communio instituitur ut maritus bessem uxor vero trientem habeat.* (T. I, p. 334.) Plus tard on a tendu en Danemark vers l'égalité; Regis Christiani Quinti Leges Danicæ, lib. V, c. 2, art. 19 : « *In duas partes æquales inter conjugem et liberos.....* » (P. 361, éd. 1710.)

² Dans les lois de Kanut le Grand, malgré l'origine danoise d'une partie des dispositions, il n'y a pas de communauté entre époux. La femme y est héritière avec ses enfants. (Leges Kanuti, c. 70 et 73.). Les lois anglo-saxonnes de la 1^{re} époque, VI^e siècle, avaient une sorte de communauté. (Leg. *Ethelbert*, art. 77). Voir BLACKSTONE, L. Ang., II, c. 9; III, c. 29.

³ Institutes de LITTLETON (compilées en 1475), D. Houard, I, p. 51.

⁴ Leges Suec., Gothor. (compilées en 1347 et 1441), c. 9, p. 88.

sa mère, ait poussé un cri en naissant, pour que le mari veuille jouir, à titre d'usufruit, des terres appartenant à la femme prédécédée; et la même condition qu'il soit *oyé crié* ou *qu'il soit né vif, jaçait qu'il ne vive*, est exigée par l'ancien Coutumier de Normandie.

David Houart, dans ses notes sur Littleton, conteste l'origine anglaise du droit de viduité; il en veut faire honneur soit à la coutume de Normandie, soit même à la loi des Allemands; mais la loi des Alamanni est toute différente, car elle suppose toujours que l'enfant a survécu à sa mère et qu'il a transmis dès lors son droit à son père comme héritier; c'est un droit de succession et non un droit de viduité. L'auteur normand n'indique pas les lois scandinaves, la seule source qui aurait pu lui permettre de remonter plus haut que la *Courteoisie d'Angleterre* pour l'origine de ce droit ¹.

3° La réaction de l'Angleterre et des lois anglo-saxonnes s'est fait sentir en Normandie, d'une manière favorable, sur la grave question des *Communaux*. Les lois de Kanut le Grand avaient sur les communaux une belle maxime: « Les communaux (*pascua, pastus*), disait le chapitre 129, sont un alleu d'éternelle hérédité, ALLODIUM IN ÆTERNAM HEREDITATEM. » Les lois scandinaves et les lois anglo-saxonnes placent toujours, à côté de la propriété individuelle, la propriété collective ou la propriété commune. On n'en est plus, avec ces lois, aux temps de Jules César et de Tacite où la propriété foncière n'existait pas encore chez les Germains, où il y avait seulement communauté de culture (*arva per annos mutant* ²). Chez les Danois et les Anglo-Saxons rien de pareil n'existe. Il y a tout à la fois propriété individuelle ou de famille; propriété collective attribuée chez les Anglo-Saxons à la centaine, à l'*hundred*; et propriété commune attribuée aux habitants d'une circonscription, principalement pour les pacages. C'est ce dernier mode de pro-

¹ Institutes de LITTLETON, lib. I, p. 51. — Capitul. de DAGOBERT (Loi des Alamanni de 630, tit. 92: Si mulier..... in ipsa hora mortua fuerit et infans vivens remanserit. (Baluze, I, p. 82.)

FROLAND, Mém. sur les usages locaux du comté d'Eu, cite quatre arrêts de l'Échiquier de 1210, 1241, 1278, 1281, en faveur du droit de viduité: « Si aliquis homo habuerit heredes vivos et mortuos prius decessum uxoris..... » (P. 97.)

² J. CÉSAR, Comm., VI, 22. — TACIT., De M. Germ., XXVI.

priété, la propriété des communaux, qui reçut comme les autres le caractère de l'inviolabilité, en faveur du district, de la paroisse, de la commune. La propriété collective de l'*hundred* fut partagée entre les familles; et les lois anglo-saxonnes de Kanut le Grand déterminent le caractère et les effets du partage entre les proches, la mère survivante et les enfants¹. Mais il n'en est pas ainsi de la propriété des communaux : ceux-là sont attribués à la communauté *ut universitas*; et les lois de Kanut le Grand, les garantissant contre toute usurpation, leur impriment le caractère de propriété indivise au profit de la communauté qui ne meurt pas, le caractère indélébile d'*alodium in æternam hereditatem*. Eh bien! c'est ce droit si favorable des coutumes anglo-saxonnes, conservé par les coutumes anglo-normandes, qui a passé dans les usages de Normandie; et là s'est perpétuée la règle que les paroisses jouissaient de leurs communaux *sans titre et par possession immémoriale*; que les seigneurs féodaux ne pouvaient leur opposer que des titres formels : règle protectrice et salutaire dans cette riche province où les communaux pouvaient embrasser des terres si fertiles. Ils y sont donc restés l'*alleu éternel* des paroisses; tandis que la propriété des communaux, des terres vaines et vagues ou des landes est tombée dans la Bretagne, dans la plupart des pays coutumiers, et même dans la Provence, sous la puissance absolue des seigneurs féodaux².

Les coutumes anglo-normandes ont donc réagi sur la Normandie dans l'ordre des personnes et des communautés d'habitants.

Mais ces coutumes ont de l'importance surtout dans l'ordre du droit féodal : c'est là que l'action de la Normandie sur le sol conquis de la Grande-Bretagne, et la réaction des usages établis ou développés en Angleterre par Guillaume le Bâtard et les seigneurs normands, ont constitué un échange continu, pendant de longues années, d'institutions et de mœurs. Nous avons, dans une autre partie de l'histoire du droit, étudié spécia-

¹ *Leges Kanuti*. Éd. d'HOARD, c. 68; de ROSENGINGE, c. 70.

² LITTLETON, I, p. 545, et HOARD, Dict. de droit normand, v° *Commune*, I, 310. Dans les coutumes anglaises et normandes, il ne faut pas confondre les simples *droits de pâturage*, qui ne peuvent être concédés que de l'aveu du seigneur, avec les communaux, qui constituent vraiment des propriétés au profit de la communauté, personne morale ou civile.

lement le droit féodal de la Normandie : nous avons vu que son caractère si tranché de droit d'ainesse et d'indivisibilité des fiefs tenait principalement à l'esprit de la féodalité militaire et conquérante qui, après s'être assise dans l'île de la Grande-Bretagne, avait besoin de se prémunir et de se fortifier contre la résistance des Saxons, vaincus plus que soumis, et contre l'égalité des hommes libres, des *Liberales* ou des Thanes du droit anglo-saxon. De même sur le continent, les luttes engagées entre les rois d'Angleterre, ducs de Normandie et d'Aquitaine, et les rois de France leurs suzerains, pour acquérir ou conserver les provinces de l'ouest et du sud-ouest, ont transporté dans le droit féodal de cette partie de « royaume les règles de la féodalité anglo-normande et de l'aristocratie militaire. Nous en avons eu la preuve manifeste dans les coutumes de la Guienne et de la Bretagne ; et nous retrouverons cette influence active et persistante dans les coutumes de l'Anjou, de la Touraine, du Poitou, de l'Angoumois et de la Saintonge, qui ont plus ou moins subi la domination anglaise et reçu dans leurs mœurs, même sans le savoir, l'empreinte des coutumes anglo-normandes mêlées aux Établissements de saint Louis.

F. LAFERRIÈRE.

RAPPORT SUR LE DUEL,

PRÉPARÉ EN 1851 POUR ÊTRE SOUMIS A L'ASSEMBLÉE NATIONALE LÉGISLATIVE,
AU NOM D'UNE COMMISSION SPÉCIALE.

Par M. VALETTE, représentant du peuple, professeur à la Faculté
de droit de Paris.

(Suite¹.)

QUATRIÈME PARTIE.

Plan du projet de loi et explication de ses détails.

Les dispositions de notre projet de loi se résument dans les principes suivants, dont nous donnerons ci-dessous le commentaire :

1^o Le duel est un délit *sui generis*, qui doit être qualifié et puni comme tel.

¹ Voyez t. XI, p. 414.

2° Les peines du duel doivent être correctionnelles ¹.

3° Ces peines doivent être variables dans une certaine mesure, eu égard à la nature des résultats du duel.

4° L'interdiction à temps de certains droits n'est applicable que dans des cas d'une gravité particulière.

5° La loi doit atteindre non-seulement le duel proprement dit, mais encore certains faits qui s'y rattachent, soit comme causes déterminantes, soit comme moyens d'exécution.

6° Les témoins du duel ne doivent pas, en principe, être traités comme complices. Il ne faut pas non plus, en thèse générale, les affranchir de toute peine. A cet égard, il y a des distinctions à faire, d'après les circonstances.

7° En matière de duel, la juridiction doit se régler par le droit commun et appartenir aux tribunaux de police correctionnelle.

Nous allons développer ces sept propositions, en justifiant, au besoin, celles qui ne seraient pas une conséquence naturelle et immédiate des principes déjà établis. Puis nous indiquerons, pour chaque cas particulier, la peine que nous avons cru devoir fixer en *minimum* et *maximum*.

§ 1. — *Le duel est un délit sui generis, qui doit être qualifié et puni comme tel* ².

Nous sommes bien loin du temps où l'on comptait faire justice du duel par le ridicule et le mépris; mais aussi on a constaté les vices du système absolu qui confond le duel avec des crimes et des délits dont la conscience publique le distingue.

Pour le réprimer efficacement, deux choses sont nécessaires : la bonne foi et la fermeté. Plus de réticences, de dédains affectés, de déclamations! Plus de lois violentes, mais aussi plus de lois équivoques! Prenons franchement le duel pour ce qu'il est, et regardons-le en face, sans colère comme sans faiblesse.

Disons avec le bon sens public : le duel est une infraction d'une nature exceptionnelle; dès lors on ne peut l'atteindre que par une loi spéciale. S'évertuer à le confondre avec des crimes

¹ Art. 9 du Code pénal : « Les peines en matière correctionnelle sont :
1° l'emprisonnement à temps dans un lieu de correction; 2° l'interdiction
à temps de certains droits civiques, civils ou de famille; 3° l'amende. »

² Conforme aux propositions : 1° de M. Bouzique; 2° de MM. Cunin-Gridaire et autres.

qui ne sont pas lui, c'est s'agiter dans le faux; c'est poursuivre une absurdité, une chimère. De là tant de contradictions, tant d'expédients illogiques; de là aussi l'impunité. Puisque l'atténuation de la peine est nécessaire et tient à la nature du délit, qu'y a-t-il de plus simple que de mettre l'atténuation dans la loi? Quand on peut prendre la ligne droite, pourquoi se jeter dans les détours?

Déjà, en 1829, des hommes d'une autorité considérable ¹ demandaient que le duel fût qualifié et incriminé en lui-même, et que, en outre, la loi indiquât les circonstances qui devaient aggraver ou atténuer la peine.

M. Bérenger (de la Drôme) disait aussi, dans le rapport sur lequel a été rendu l'arrêt de cassation du 22 juin 1837 : « La » jurisprudence préparera les voies à la législation; elle sera le » précurseur d'une loi spéciale qui, ne se bornant pas à atteindre » le duel dans ses conséquences, *le poursuivra jusque dans son* » *principe*; elle disposera les esprits à recevoir cette loi et con- » tribuera ainsi à restituer à la société ses droits méconnus et » à la justice du pays toute sa puissance ². »

Il est probable qu'on ne fera plus illusion à personne avec la fameuse phrase : « Nous n'avons pas voulu faire au duel l'honneur de le nommer. » Qu'aura-t-on voulu dire par là? Est-ce jamais un honneur pour un fait d'être incriminé par une loi de répression? La loi ne nomme-t-elle pas l'assassinat, le parricide, l'empoisonnement, le viol ³? Et si le sens de la phrase est que le duel ne doit pas avoir l'honneur d'être nommé *comme distinct du meurtre ou de l'assassinat*, nous répondrons que le grand mérite des lois pénales est précisément de distinguer les variétés et les nuances des faits, pour appliquer à chacun d'eux une répression convenable. Le laconisme d'un code criminel n'est pas la perfection mais l'enfance de l'art.

« Le duel a son nom dans la langue, » dit très-bien M. Cau-

¹ Par exemple, M. le duc de Broglie. (Voir M. Cauchy, t. I, p. 401.)

² V. *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VII, p. 234. — Une loi » bien formulée, » dit encore M. Louis Dufour dans sa remarquable brochure sur la *répression du duel*, « conduirait au succès le plus infaillible. » (P. 6.) Ce travail avait été d'abord publié dans la *Revue* précitée, en 1840 (t. XI, p. 383; t. XII, p. 35 et 297).

³ V. *Théorie du Code pénal*, par MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie (3^e édition, p. 477, en note).

chy ¹, « il doit le conserver dans la loi. » Et il ajoute : « Quel » est l'homme doué du bon sens le plus vulgaire qui ne con- » çoive clairement combien de nuances délicates et profondes » séparent en français le mot *duel* du mot *assassinat* ? Ne cher- » chons donc plus s'il est possible de faire rentrer le duel dans » le droit commun de l'homicide. La langue, ce miroir fidèle » des mœurs, a résolu ce problème ². » Enfin le savant auteur ne craint pas d'affirmer ³ qu'il est en France d'autant plus né- » cessaire de nommer le duel, que, en omettant son nom, les lois qui nous régissent depuis un demi-siècle ont porté plus de con- » fusion et de désordre dans la justice et dans l'opinion du pays ⁴.

Nous avons donc justifié l'article de notre projet, qui supprime tant de mensonges, de subtilités et de réticences, par ces simples mots : « Le duel est un délit. »

§ 2. — *Les peines du duel doivent être correctionnelles* ⁵.

C'est là une des règles proposées depuis longtemps par les hommes qui ont le plus étudié cette matière : « Il n'est, je crois, personne, dit M. Cauchy ⁶, qui ne reconnaisse que, dans toute hypothèse, l'emprisonnement et l'amende doivent former le fond du système répressif qui convient à cet ordre de faits. » C'est l'application naturelle du principe de la *répression modé-*

¹ T. II, p. 12, sommaire du chapitre 2.

² *Ibid.*, p. 17.

³ *Ibid.*, p. 109.

⁴ M. Dupin, portant la parole à la Cour de cassation comme procureur général, n'a point, il est vrai, demandé une nouvelle législation sur le duel; mais il ne s'est pas non plus montré hostile à un projet de cette nature, pourvu qu'on ne s'en fit pas une arme provisoire contre la jurisprudence actuelle : « Quant à l'exès de sévérité reproché à nos lois, dit-il, sous pré- » texte que le duel ne doit pas être confondu avec le guet-apens ou l'assassi- » nat, je répons que si cet inconvénient existait, le reproche tomberait sur » le législateur, en tant qu'il n'a pas voulu faire au duel l'honneur de le nom- » mer et d'en faire un délit à part; mais ce ne serait pas un motif qui dût » autoriser le juge à se dispenser d'appliquer la loi générale telle qu'elle » est, etc. » (Réquisitoire du 22 juin 1837.) — Ailleurs, il dit en termes for- » mels : « Il serait mieux sans doute de faire une nouvelle loi sur le duel, et, » au lieu de la peine de mort, d'infliger des peines d'un autre genre. » (*Ob-* » *servations sur quelques points de notre législation criminelle.*)

⁵ Conforme au projet de M. Bouzique et à celui de MM. Cunin-Gridaine et autres.

⁶ T. II, p. 85 et suiv.

rée, formulé dans notre article premier où le duel est qualifié délit. En 1819, ce principe avait été convenu et arrêté par la commission de la chambre des députés, chargée d'examiner la question du duel.

On écarte donc ici les peines afflictives et infamantes, dont l'emploi ferait violence au sentiment public et serait encore une cause certaine d'acquittements. D'ailleurs la qualification de *délit* et l'emploi de simples peines correctionnelles impliquent naturellement la compétence des tribunaux de police correctionnelle et, par suite, *la sûreté de la répression*. Cette question de compétence sera traitée plus loin ¹. Il est bien entendu que nous ne parlons jamais que des duels réguliers, ayant eu lieu, comme dit la cour de cassation, *sans le concours d'une circonstance de déloyauté et de perfidie*. Autrement les faits pourraient présenter le caractère de crimes ou de délits prévus et punis par les lois ordinaires. Il est inutile d'insister sur ce point.

Un membre de la commission avait exprimé le vœu que le duel fût, en principe, atteint de certaines peines afflictives et infamantes, telles que la réclusion ou même les travaux forcés à temps. En effet, disait-il, il est des cas où la conduite de telle des parties a un caractère particulièrement odieux. Un séducteur aura tué le mari ou le père de la femme qu'il avait séduite, ou bien un querelleur, confiant dans son adresse, aura cherché une victime dans le but de satisfaire une manie féroce. Qui pourrait se plaindre qu'en pareil cas le duel fût considéré et puni comme crime? Toutes les fois qu'il ne s'agira que d'un duel d'une nature ordinaire, le jury ne manquera pas de déclarer l'existence de circonstances atténuantes, ce qui amènera l'abaissement de la peine. Rien n'empêche même, ajoutait-on, d'élargir encore, en cette matière, la portée de l'article 463 du Code pénal, afin de donner au juge une plus grande latitude pour adoucir la peine, lorsque les circonstances atténuantes seraient constatées ².

La commission n'a pas trouvé ce plan admissible; elle y a vu des traces de l'exagération qui a rendu vaines tant de lois sur le duel. A son avis, ce système manque de logique et presque de franchise. Pourquoi établir, en principe, contre une in-

¹ Dans le § 7.

² Nous devons reconnaître que les projets de 1829 et 1832 étaient conçus dans cet esprit.

fraction quelconque, des peines disproportionnées à la gravité ordinaire du fait, et ce, en vue de circonstances aggravantes possibles, mais exceptionnelles? N'est-ce pas là prendre le contre-pied de toute bonne loi pénale? Ne faut-il pas d'abord apprécier, classer et punir un délit d'après sa nature propre et essentielle? La peine ainsi édictée (et s'il y a lieu, avec un *minimum* et un *maximum*) est celle dont l'application est habituelle ou de droit commun. Pour que la pénalité monte plus haut, il faut qu'il existe au procès des *circonstances aggravantes*, formellement spécifiées par la loi et déclarées par le jury ou par le juge. Et d'un autre côté, la peine ordinaire est exceptionnellement abaissée (au-dessous du *minimum* normal), quand on trouve dans l'affaire ou des causes spéciales d'*excuse* ou des *circonstances atténuantes* en général. Ce sont là des principes connus, et il n'y a point de bonnes raisons de s'en écarter. Disons mieux : c'est surtout avec le duel qu'il ne faut pas ruser; rien de plus dangereux que de lui adresser des menaces non suivies d'effet; cela n'aboutit qu'à le poser en triomphateur vis-à-vis de la justice.

Dans le système que nous repoussons, comme, à raison de la nature des peines (qui pourraient être afflictives et infamantes), toutes les questions devraient être soumises au jury, non-seulement la pénalité *apparente* de la loi ne serait jamais appliquée, mais encore, le plus ordinairement, vu les faiblesses de l'opinion pour le duel, il y aurait impunité complète. Ainsi le législateur, pour s'être roidi mal à propos contre des faits opiniâtres, manquerait son but, qui est la répression. Nous reviendrons encore sur ce point, en traitant la question de compétence.

Personne dans la commission n'a proposé de suivre la marche inverse, qui serait d'appliquer aux faits du duel, en principe, des peines correctionnelles, et par exception, des peines afflictives et infamantes. C'est que, en cette matière, ce qu'on appellera *circonstances aggravantes* devant résulter de la conduite des individus, de leurs torts dans la querelle, et même de leurs antécédents, en un mot, de circonstances d'une nature très-variée, il est à peu près impossible de les préciser à l'avance et de les réduire en formules. Et cependant, c'est ce qu'exigeraient impérieusement les principes du droit criminel : car si le législateur permet aux juges ou au jury de déclarer d'une manière générale, sans indiquer aucun fait précis, l'exis-

tence de *circonstances atténuantes*, c'est parce que cette déclaration a pour résultat de diminuer la peine. Rien de semblable ne peut être admis lorsqu'il s'agit de l'aggraver.

Tout cela tend à démontrer qu'il faut, en matière de duel, s'en tenir aux peines correctionnelles, c'est-à-dire en premier lieu, à l'*emprisonnement* et à l'*amende*. Quant à l'*interdiction à temps de certains droits*, qui est aussi une peine correctionnelle ¹, nous avons pensé que, suivant l'esprit général de notre Code pénal ², cette peine doit être *facultative* pour le juge, et encore seulement dans certains cas où les résultats du duel donnent au délit une gravité particulière, ainsi qu'il sera expliqué dans le paragraphe suivant.

§ 3. — *La peine du duel doit être variable dans une certaine mesure, eu égard à la nature de ses résultats.*

La peine infligée au délit du duel doit varier, et varie en effet dans presque tous les pays, à raison des circonstances. Mais on se tromperait ici en cherchant à prendre en considération les faits qui ont *précédé le duel*. Comme nous venons de le dire, ces faits présentent des diversités infinies; la nature des torts imputables à chacun des adversaires ne peut donc, en général, servir de base à un classement de délits et de peines. Un travail de cet ordre doit se rattacher surtout à des faits d'un caractère précis et exactement déterminé. Le reste entre dans l'appréciation générale qui appartient au juge, soit pour appliquer la peine ordinaire (dans les limites du *minimum* et du *maximum*), soit pour l'adoucir à raison des circonstances atténuantes.

Ce qui aggrave tout naturellement le délit de duel, c'est la gravité de ses résultats. Et qu'on ne crie pas ici au matérialisme; qu'on ne dise pas qu'en fait de crime et de délit, tout gît dans l'intention; qu'un simple accident, un pur effet du hasard ne doit point influencer sur la peine! Cette doctrine serait contredite par la législation de tous les pays (y compris le nôtre) où la science du droit criminel a fait quelques progrès.

Le mal matériel causé par les crimes et par les délits figure

¹ V. Code pénal, art. 9.

² *Ibid.*, art. 42 et 43.

souvent, et avec raison, comme élément dans le règlement de la peine. Plus le désordre causé est grave, plus l'alarme répandue est vive, plus les intérêts lésés sont importants, et plus grande doit être la répression qui rassure les uns, désintéresse et apaise les autres ¹. Et pour donner un seul exemple, pris dans notre Code pénal, on voit que, en matière de blessures et de coups volontaires, la peine se mesure à la gravité du mal qui est résulté du délit, même à l'insu de l'agent et contre son intention ². Cette manière de procéder a en outre, par rapport au duel, un avantage spécial et qui tient à la nature bizarre de ce délit : c'est de renforcer la disposition habituelle des témoins, et même des adversaires, à ne pas pousser les choses à l'extrême et à atténuer les chances fâcheuses du combat, autant que les circonstances peuvent le comporter.

Ce système, chose remarquable, satisfait à la fois et les données de la science positive et l'appréciation naïve de l'instinct populaire. L'homme du peuple qui, par imprudence ou inattention, donne la mort à son semblable, ne s'étonne point d'avoir à subir une peine correctionnelle; plus d'une fois même on l'a vu s'y offrir de lui-même et la demander comme une expiation dont il sentait le besoin. Mais il se récrierait si on le traitait avec la même rigueur pour une faute toute semblable, qui n'aurait eu aucun résultat fâcheux. C'est ainsi que, en matière de duel, telle peine contre laquelle personne, y compris le condamné, n'osera protester s'il y a eu mort d'homme ou blessure, paraîtrait exagérée si le combat s'est terminé sans effusion de sang.

Ceci nous amène aux détails de cette partie de notre projet. Les distinctions à établir eu égard aux résultats du duel se présentent d'elles-mêmes. On voit tout de suite qu'il y a lieu de distinguer entre 1° le duel simple; 2° le duel suivi de blessures; 3° le duel qui a occasionné la mort ³.

Mais relativement aux blessures, faut-il emprunter au Code pénal une sous-distinction qui consiste à rechercher si les blessures ou les coups ont occasionné une maladie ou in-

¹ V. M. Dufour, *De la répression du duel*, etc., p. 80 et suiv.

² V. Code pénal, art. 309 et suiv. — V. aussi les articles 319 et 320, relatifs à l'homicide, aux blessures et aux coups occasionnés par *maladresse*, *imprudence*, *inattention*, etc.

³ Comp. M. Louis Dufour, *ibid.*

capacité de travail personnel pendant plus de vingt jours ?

La commission n'a pas été de cet avis. La distinction dont il s'agit donne lieu, en pratique, à d'assez graves difficultés. Le fait matériel auquel on l'applique, est trop souvent obscur et incertain; il peut dépendre de mille circonstances qui échappent à une bonne appréciation. Où placer exactement le terme d'une *maladie* proprement dite? Et pour certaines classes de la société, qu'est-ce que l'*incapacité de travail personnel*? La différence d'état, de profession, de genre de vie, peut faire varier singulièrement la qualification du délit. Et puis, une *maladie* ne se prolonge-t-elle pas souvent sous l'influence de causes étrangères à l'acte incriminé, d'un traitement mal suivi, d'un écart de régime, etc.? Tout cela est bien difficile à vérifier, la question pouvant rouler d'ailleurs sur une différence d'un ou deux jours. Sous l'empire de la jurisprudence qui punit le duel conformément au Code pénal, il est arrivé plus d'une fois que le blessé, mû par un sentiment d'honneur facile à comprendre, affectait de se présenter comme guéri avant l'expiration du délai, pour ne pas aggraver la position de son adversaire.

Dans le cas de blessures reçues en duel, la fixation convenable d'un *minimum* et d'un *maximum* suffira au juge pour appliquer une peine proportionnée au délit.

§ 4. — *L'interdiction de certains droits énumérés dans l'article 42 du Code pénal n'est applicable que dans des cas d'une gravité particulière* ¹.

Déjà antérieurement, dans plusieurs projets de loi sur le duel, on a fait figurer, comme peine correctionnelle, l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille (on peut voir en ce sens le rapport fait à la chambre des Pairs, en 1819, et les projets élaborés en 1829, en 1842 et en 1845 ²). Cette peine, dont la nature est presque uniquement morale, doit avoir dans bien des cas une influence très-puissante; la crainte de perdre des droits de cité ou de famille, est assurément

¹ Code pénal, art. 309, 1^{er} alin., et 311; comp. art. 317, § 5. — Cette distinction a été admise par la loi belge sur le duel, du 8 janvier 1841, art. 5, § 2. — Elle figure aussi dans le projet de M. Bousique, art. 2.

² Comp. les projets: 1^o de MM. Gavini et Faily, 2^o de MM. Guzin-Grildaine, de Laboulié, Talon et Arène.

³ Ce dernier est celui de MM. Dozon et Taillandier, présenté à la Chambre des députés au mois d'avril 1845.

une de celles qu'on rougira le moins d'avouer à soi-même et aux autres.

Mais nous n'avons admis cette peine correctionnelle que pour le cas où le délit de duel est aggravé à raison de ses résultats. Le duel simple, qui n'a causé ni mort ni blessures, ne peut être puni, suivant notre projet ¹, que d'un an d'emprisonnement et de mille francs d'amende, le tout comme *maximum*. Or ce n'est point à une pénalité aussi faible que se rattache, dans le plan de nos lois criminelles, l'interdiction des droits civiques, civils ou de famille. Se montrer, à cet égard, plus sévère que d'habitude, parce qu'il s'agit de duel, serait froisser le sentiment général, lequel n'admettra jamais qu'une simple rencontre, demeurée sans résultat, comporte une répression de cette nature. Il en est autrement de l'emprisonnement et de l'amende, qui, chaque jour, s'appliquent à des faits considérés comme de simples écarts du bon ordre, par exemple, aux délits de presse, de garde nationale et autres semblables.

Nous avons adouci, en ce point, la sévérité des projets de loi antérieurs, qui permettaient de prononcer, *dans tous les cas de duel*, l'interdiction des droits mentionnés dans l'article 42 du Code pénal.

Du reste, ces mêmes projets ne faisaient point de l'interdiction des droits une peine nécessaire et obligée; l'emploi devait en être facultatif pour le juge ². En cela, nous sommes d'accord avec eux; car lors même que le duel, à raison de ses résultats funestes, est traité avec plus de rigueur, les circonstances doivent (comme dans presque tous les cas analogues prévus par le Code pénal) être prises en considération quant à la peine accessoire. Les tribunaux ont montré qu'ils savaient l'appliquer avec discernement.

Nous avons, en outre, emprunté aux projets de 1829 ³ et de 1832 une autre sanction accessoire, relative au cas où le duel a été suivi de mort. Le coupable pourra être condamné à

¹ Art. 4.

² Excepté dans le projet présenté par le gouvernement en 1829. Mais la commission de la Chambre des pairs avait restitué à l'interdiction de certains droits son caractère de peine facultative. C'est ce qu'ont fait aussi MM. Cunin-Gridaine, de Laboulie, etc., dans leur projet de loi.

³ Addition faite par la commission de la Chambre des pairs. (V. son projet, art. 3.)

s'éloigner, pendant un certain temps, du domicile de la personne qui aura succombé. Tout le monde comprend ce qu'il peut y avoir de convenance morale et parfois de sage prévoyance dans une telle mesure. Mais comme elle peut aussi, dans certains cas, n'avoir point d'utilité, il faut en abandonner l'usage à l'appréciation des tribunaux. Si le condamné désobéit à ce chef du jugement, notre projet lui applique la peine d'emprisonnement édictée, pour un cas analogue, par l'article 45 du Code pénal.

Les divers points que nous venons de traiter dans cette quatrième partie de notre travail se trouvent résumés dans les articles suivants (4, 7 et 8 du projet) :

« Art. 4. Quiconque se sera battu en duel sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende de cinquante francs à mille francs.

» L'auteur de blessures faites en duel sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de cent francs à deux mille francs.

» Quand les blessures auront causé la mort, la peine sera d'un an à cinq ans d'emprisonnement et de cinq cents francs à cinq mille francs d'amende. »

« Art. 7. Dans les cas prévus par les paragraphes 2 et 3 de l'article 4, les tribunaux pourront prononcer contre l'auteur des blessures ou de l'homicide, l'interdiction, en tout ou en partie, des droits mentionnés dans l'article 42 du Code pénal. »

« Art. 8. Le coupable d'homicide commis en duel pourra être condamné à s'éloigner, pendant un an au moins et cinq ans au plus, et d'un rayon de douze myriamètres ¹, du lieu du domicile de la personne qui aura succombé, et ce, sous la peine portée par l'article 45 du Code pénal ². »

¹ Ces expressions *et d'un rayon*, etc., sont prises dans l'article 229 du Code pénal. La distance de *douze* myriamètres indiquée dans notre article est celle que fixaient les projets de loi de 1829 et de 1830 ; mais ceux-ci ajoutaient les mots *au moins*, ce qui nous a paru trop rigoureux.

² La peine appliquée par l'article 229 du Code pénal (le bannissement) à la rupture du ban de la part des condamnés serait évidemment trop forte dans le cas actuel. L'article 45 du même Code nous fournit une autre sanction très-admissible, puisqu'elle n'est que d'un simple emprisonnement.

§ 5. — *La loi doit atteindre, non-seulement le duel proprement dit, mais encore certains faits qui s'y rattachent, soit comme causes déterminantes, soit comme moyens d'exécution.*

Dès qu'on s'occupe des délits qui se rattachent à un autre, et qui en sont comme les dépendances ou les accessoires, la pensée se porte tout d'abord sur les cas de *complicité*. Mais la commission a bien vite reconnu, comme déjà l'avait fait la loi Belge ¹, que relativement au duel, la notion de complicité ne doit pas avoir une portée aussi étendue que dans les cas ordinaires. En effet, ce que dit l'article 60 du Code pénal des *instructions fournies, des armes procurées, de l'aide ou de l'assistance* donnée à l'auteur de l'action, etc., ne pourrait passer dans notre loi sans atteindre fort durement les témoins du duel, ce qui aurait de sérieux inconvénients. Dans une matière aussi exceptionnelle que la nôtre, tout doit être pesé avec le plus grand soin; les moindres détails appellent un examen attentif et presque minutieux. Plus loin (§ 6) nous verrons quelle part il convient de faire aux témoins dans la pénalité. Quant à présent et laissant de côté ce qui les concerne, nous dirons que rien n'empêche d'emprunter à l'article 60 du Code pénal (et c'est ce qu'on a fait en Belgique) l'indication de certains cas de complicité, qui ont évidemment dans le duel, aussi bien qu'ailleurs, un caractère odieux. Qui ne regarderait, par exemple, comme coupable celui qui, pour satisfaire une vengeance personnelle, aurait par dons ou promesses déterminé un autre individu à se battre en duel? On ne serait même pas étonné de voir les tribunaux traiter un pareil complice avec plus de sévérité que l'auteur du délit ².

Tout ce qui précède se rapporte au duel proprement dit, suivi ou non de mort ou de blessures. Cette partie de la loi étant réglée, la commission s'est occupée de certains faits qui se rattachent au duel, sans pourtant se confondre avec les cas de complicité. Ces délits accessoires sont prévus et punis par plusieurs lois étrangères où l'on a réglementé avec quelque étendue la matière du duel.

La provocation en duel est le premier fait de cet ordre. Elle

¹ Art. 7 et 8.

² Un représentant belge voulait (sur l'article 7 de la loi de 1841) infliger aux complices une peine double de celle qui atteint le délit principal.

renferme une attaque contre la paix publique ; et dès lors elle comporte une certaine répression, moins grave sans doute que celle qui atteint le duel lui-même. Empêcher cette première violation du bon ordre, c'est arrêter le mal à son début. Mais qu'appellera-t-on *provocation en duel* ? Est-ce uniquement le défi adressé en termes formels, de vive voix ou par écrit ? Non sans doute ; car la provocation peut avoir lieu à mots couverts, quoique très-intelligibles. Ajoutons que ce n'est pas toujours de l'offensé qu'elle vient et que parfois l'offenseur, prenant à cet égard l'initiative, joint la provocation à l'offense. Ce sera aux tribunaux à reconnaître s'il y a eu *provocation en duel* (accompagnée ou non d'outrage ou d'injure), et certes, ils ne pourront guère s'y tromper.

Mais ce n'est pas tout. Que décider s'il est constant que l'outrage ou l'injure n'ont pas eu, dans l'intention de leur auteur, le sens et la valeur d'une provocation ? Notre loi doit-elle encore s'en occuper ou, au contraire, les négliger et en faire abstraction, comme ne rentrant point dans le cadre d'une loi sur le duel ?

On a bien souvent répété que, pour ôter tout aliment et tout prétexte au duel, il faut que l'autorité publique intervienne dans tous les cas d'offense, pour procurer à l'offensé une satisfaction convenable. Mais de quelle manière ? Là est la grande difficulté. On a vu des rois de France, Henri IV, par exemple, s'interposer entre des gentilshommes, régler d'office la réparation due par l'offenseur et la compléter au besoin par l'expression de leur estime pour l'offensé. C'est dans le même esprit que, plus tard, furent institués des *tribunaux d'honneur*, où siégeaient les maréchaux de France. Il y a même encore aujourd'hui des pays, comme la Prusse, où sont établies pour l'armée de véritables Cours d'honneur.

Serait-il possible de créer chez nous des tribunaux de cette nature, fonctionnant pour tous les citoyens ? Nous doutons que cette idée soit jamais prise au sérieux. Où trouver des autorités assez influentes, assez maîtresses de l'opinion, pour venir s'entremettre dans les querelles, opérer les rapprochements, prescrire les réparations, en un mot apprécier et juger d'une manière pacifique et souveraine toutes les questions d'honneur ? Beaucoup de personnes, laissant de côté cette utopie, ont pensé que le plus sûr moyen d'empêcher les duels était de punir

avec une très-grande sévérité les torts de conduite qui en sont la cause ordinaire. De là cette assertion, maintes fois reproduite, et qui a trouvé de l'écho dans notre commission, que la partie la plus importante (peut-être la seule importante) d'une loi contre le duel était un ensemble de dispositions tendant à prévoir et à punir les injures et les autres offenses entre particuliers.

L'assemblée voudrait-elle entrer dans cette voie? S'il en était ainsi, elle s'imposerait une tâche des plus ardues. Nos lois actuelles punissent déjà d'une manière assez grave, non-seulement les violences matérielles, mais encore la *diffamation* parlée ou écrite ¹ et même l'*injure*, lorsqu'elle renferme l'imputation d'un vice déterminé, sous la condition, il est vrai, que la diffamation ou l'injure ait été *publique* ². Il s'agirait d'aller plus loin dans la répression des offenses en général. Or c'est ici que les difficultés se présenteront en foule. De quel côté porter la réforme? Voudrait-on que la loi sévit contre les calomnies et les médisances *non publiques*, ces aliments éternels de la malignité et du désœuvrement? Créerait-on le délit nouveau de *diffamation clandestine*? Mais ce serait forcer la justice à des investigations puériles de la vie et des relations sociales. Étendrait-on la portée des mesures prises contre l'*injure* par la loi du 17 mai 1819? Cela serait possible à la rigueur, notamment en ce qui concerne l'*injure publique*, qui ne renferme l'imputation d'aucun vice déterminé ³. Mais l'injure publique (sans *diffamation* proprement dite) n'est certainement pas la cause ordinaire des duels. Quant aux injures *non publiques*, et aux offenses en général, on ne peut songer à les ranger toutes en bloc dans la classe des délits; car alors les tribunaux correctionnels seraient encombrés d'affaires sans importance, (à la suite de propos grossiers, d'invectives, de querelles, etc.), qui très-souvent aujourd'hui trouvent leur dénouement au tribunal de simple police. Essayerait-on de faire

¹ La diffamation est punie d'un emprisonnement qui peut s'élever à un an, et d'une amende qui peut être portée à deux mille francs. (Loi du 17 mai 1819, art. 18.)

² Voir la loi du 17 mai 1819, art. 13 et suiv.; comp. les articles 376 et 471, n° 11, du Code pénal, articles demeurés en vigueur.

³ Et qui, dès lors, n'est punie que d'une peine de simple police. (Loi du 17 mai 1819, art. 20.)

des classifications, en distinguant entre les diverses offenses, eu égard à leur gravité? Nous n'hésitons pas à dire que cela est impraticable.

Mais ce qui est possible, c'est d'atteindre l'outrage ou l'injure qui, sans contenir la provocation (cas mentionné plus haut), en aura été la cause déterminante. En effet, cette dernière circonstance permet de rattacher l'offense à l'ordre des faits spéciaux dont une loi sur le duel peut s'occuper. Ici l'offense a eu un résultat propre, parfaitement tranché et défini : c'est d'avoir *occasionné* la provocation en duel. D'ailleurs la poursuite, en pareil cas, sera naturellement connexe à celle de la provocation, ou même du duel, si le duel s'en est suivi. Il ne peut être question ici, bien entendu, que d'offenses réelles qui, dans l'état de nos mœurs, ont pu donner lieu à la provocation; c'est-à-dire, que l'offense doit en avoir été la cause naturelle et sérieuse, et non pas l'occasion ou le prétexte. On comprend, en effet, qu'il peut y avoir, ou malentendu, ou motif antérieur de ressentiment, ou enfin susceptibilité exagérée chez le provocateur. C'est au juge à apprécier, d'après les circonstances, si les paroles ou les actes qui ont précédé la provocation étaient de nature à y donner lieu. Tel est le parti, très-sage selon nous, auquel s'est déjà arrêtée la loi belge de 1841 ¹.

Dans tous les cas, la peine édictée par la loi nouvelle le sera sans préjudice des peines plus graves qui pourraient être applicables à l'outrage ou à l'injure, par exemple, si des coups ont été portés, ou si la personne outragée ou injuriée est une de celles que protège spécialement la loi du 25 mars 1822 ².

Il nous reste ici à parler des imputations publiques, outrages et injures dirigés contre une personne à cause de son refus d'adresser ou d'accepter une provocation en duel. Ce sont là encore des délits *sui generis*, qui rentrent dans le cadre d'une bonne loi sur le duel. Ces sortes d'imputations, d'outrages ou

¹ Art. 3 : « Celui qui, par une injure quelconque, a donné lieu à la provocation, sera puni, etc. » — Par une singulière inadvertance, MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie continuent à dire dans leur troisième édition (1852) que la Belgique prépare une loi sur le duel (t. III, p. 486). Cette loi existe depuis longtemps, puisqu'elle date du 8 janvier 1841. Elle est basée sur les véritables principes de la matière; aussi a-t-elle eu d'excellents résultats.

² Les magistrats, les jurés, les témoins, etc., etc.

d'injures ont un caractère propre, qui est de stimuler et d'entretenir le préjugé que la loi veut éteindre. Ce qui pousse au duel, c'est évidemment l'abus ou l'exagération d'un sentiment louable, celui de la dignité personnelle et de l'honneur. Eh bien ! il faut protéger ce sentiment en ce qu'il a de respectable, et garantir d'une scandaleuse oppression morale ceux qui plient devant la règle et consentent à lui obéir. La loi doit venir à leur secours dans cette résolution souvent dure et pénible; c'est à elle de les raffermir par l'ensemble et l'énergie de ses dispositions.

La *publicité* des *imputations* dont il s'agit sera, tout naturellement, celle dont les caractères sont réglés par la loi du 17 mai 1819 ¹. A ce propos, il est bon de remarquer que déjà la Cour de cassation a jugé que des *imputations publiques* de cette nature (de n'avoir pas provoqué en duel ou consenti à se battre) pouvaient être considérées comme diffamatoires et comme tombant dès lors sous le coup de l'article 18 de la loi de 1819 ².

Voici maintenant les articles qui se rapportent aux sujets traités dans ce paragraphe :

« Art. 2. Toute provocation au duel, tout outrage ou injure contenant une provocation ou ayant donné lieu à une provocation, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de seize francs à cinq cents francs, sans préjudice des peines plus graves qui seraient prononcées par les lois, à raison de la nature de l'outrage ou de l'injure. »

« Art. 3. Seront punis de la même peine, l'imputation faite publiquement à une personne de n'avoir pas proposé ou d'avoir refusé un duel, ainsi que l'outrage fait ou l'injure adressée à une personne pour les mêmes causes. »

Art. 5. Seront punis comme complices des délits commis en duel ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront excité à les commettre. »

¹ Cette loi traite de la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication.

² Ch. crim., arrêt de rejet du 24 mai 1844. — Dans ce cas, le *maximum* de la peine portée par l'article 18 dépasse celui que fixe notre projet. (V. ci-dessous le projet de loi, art. 2.)

§ 6. — *Les témoins du duel ne doivent pas, en principe, être considérés comme complices; ils ne doivent pas non plus, en thèse générale, être affranchis de toute peine. A ce sujet il y a des distinctions à faire, d'après les circonstances.*

D'assez grandes difficultés se présentent relativement aux témoins des duels. Quelle marche suivre à leur égard? D'un côté, les affranchir de toute peine, n'est-ce pas tomber dans une inconséquence flagrante, puisqu'on punit le fait auquel ils ont coopéré? D'un autre côté, s'armer de rigueur contre eux, présente d'assez grands embarras. N'est-il pas fort dangereux de tenir à l'écart, par la menace d'un châtement, les personnes calmes et désintéressées qui auraient à remplir la difficile mission de concilier les parties, en tant que cela est possible, sinon de régler le combat et de le faire cesser en temps opportun? Et de là ne peut-il pas arriver, ou que les duels, ayant lieu sans témoins, prennent un caractère atroce, ou que les adversaires, gênés dans le choix de leurs témoins, recourent à l'assistance d'hommes qui n'offrent aucune garantie morale?

Ces considérations n'ont échappé à aucun de ceux qui ont réfléchi sur notre sujet. En 1819, M. Pasquier, dans son rapport à la chambre des Pairs, déclarait que l'assistance des témoins pouvait être.... « secourable à la cause de la raison et de l'humanité. » Puis, parlant du danger qu'il y aurait à effrayer les témoins par la menace des peines; « Peut-être, disait-il, pourrait-on les réserver (les peines) pour le cas où ils (les témoins) auraient méconnu les devoirs mêmes que leur imposait le point d'honneur. »

Ici, d'abord, il faut mettre de côté les cas exceptionnels où les témoins devraient être regardés comme *complices*, parce qu'il y aurait lieu de leur appliquer la définition restreinte que notre projet (art. 5) donne de la complicité en matière de duel. Il est donc entendu que nous supposons les circonstances et les faits habituels, c'est-à-dire que les témoins n'ont employé ni dons, ni promesses, ni menaces, etc., pour exciter au duel, et se sont bornés à jouer leur rôle d'intermédiaires et de régulateurs du combat.

La question étant ainsi précisée, nous disons qu'on ne peut admettre en principe *la non-culpabilité des témoins*, et que cette indulgence absolue serait aussi déraisonnable que le se-

rait un excès de rigueur. Une peine légère édictée contre les témoins aura une influence utile dans la pratique. On apportera dans ces sortes de négociations un esprit plus conciliant et plus circonspect; car malgré tout l'entraînement du zèle et de l'amitié, un témoin devra toujours plus ou moins, à son insu peut-être, mettre en ligne de compte les ennuis d'une poursuite et d'une condamnation personnelle. Les adversaires eux-mêmes, dans les affaires qui n'ont rien de très-grave, pourront être retenus par l'intérêt de leurs témoins, considération à laquelle les délicatesses de l'honneur n'ont rien à objecter. Dans cette matière extraordinaire, il ne faut négliger aucune ressource morale, fût-elle des plus minimales en apparence; tout doit être apprécié et utilisé.

Le principe d'une pénalité à infliger aux témoins ne froissera point la conscience publique. Puisque le duel est illicite et punissable, il semble naturel que le témoin, ayant participé au délit, soit, dans une certaine mesure, passible de la peine. Aussi, dans l'état de choses actuel, ne voit-on personne s'étonner ni crier à l'injustice, lorsque les tribunaux de police correctionnelle englobent les témoins dans leurs condamnations. Pour ne rien outrer et pour prendre un moyen terme convenable entre des considérations de divers ordres, nous avons pensé que la peine infligée aux témoins ne doit jamais dépasser le *maximum* de celle qui atteint le duel simple (non suivi de mort ni de blessures ¹). Et, n'en doutons pas, il sera bien rare qu'un jugement prononce ce *maximum* contre des témoins.

Mais il faut aller plus loin et permettre aux juges d'exonérer les témoins de toute peine, lorsque, *le duel n'ayant eu aucun fâcheux résultat*, on reconnaîtra que leur intervention n'avait qu'un but pacifique et utile. Un article semblable, et même d'une portée encore plus large, avait été présenté lors de la discussion du projet de loi en 1829 ²; et il n'y a rien là qui contredise les principes et qui choque la justice; car, en admettant rigoureusement pour point de départ (et l'esprit de notre

¹ Un an de prison et mille francs d'amende (art. 4 du projet, 1^{er} alin.). Le *minimum* est de quinze jours et cinquante francs.

² Amendement de M. le duc Decazes (V. M. Cauchy, t. I, p. 404). — La loi belge est aussi plus indulgente que la nôtre: car elle ne frappe d'aucune peine, *même facultative*, les témoins (non réputés *complices*), lorsque le duel n'a causé ni mort ni blessures.

loi l'exige) que tout fait de duel implique l'existence d'une faute, dont les témoins ont pris leur part, il ne s'ensuit pas qu'il y ait nécessité de leur infliger une peine. Nous l'avons déjà dit, toute faute n'emporte point l'application obligée d'une loi pénale. Tantôt le législateur trouve bon de négliger certains faits et de leur laisser le bénéfice absolu de l'impunité, quoiqu'il pût sans injustice leur infliger un châtement; tantôt (comme nous le proposons dans le cas actuel) il distingue s'il y a eu ou non un préjudice causé par le délit. Cette distinction, si elle passe dans notre loi (avec un certain pouvoir discrétionnaire accordé aux juges), influera, sans nul doute, sur la conduite des témoins, et partant sur le résultat des duels ¹.

Voici le seul article du projet qui ait trait aux témoins :

« Art. 6. Les témoins du duel, non réputés complices aux termes de l'article précédent, seront passibles des peines portées dans le § 1^{er} de l'article 4.

» Néanmoins, si le duel n'a entraîné ni homicide ni blessures, le tribunal pourra ne prononcer aucune peine contre les témoins, lorsque leur intervention sera reconnue avoir eu pour but d'empêcher le duel ou d'en prévenir les fâcheux résultats. »

§ 7. — *En matière de duel, la juridiction doit être réglée d'après le droit commun, et appartenir aux tribunaux de police correctionnelle.*

La question de juridiction en matière de duel est, sans nul doute, une de celles qui peuvent susciter les plus vifs débats dans une grande assemblée. En faveur de la compétence du jury les raisons spécieuses ne manquent pas; elles peuvent fournir de riches matériaux à l'éloquence d'un orateur. Détruire le duel, enfant de l'opinion, par l'opinion elle-même, incarnée dans le jury et devenue ainsi l'auxiliaire tardif de la justice, certes voilà un thème qui prête à de beaux développements, outre ce qu'il y a toujours de séduisant pour beaucoup de personnes dans une extension nouvelle donnée à l'institution populaire du jury. On ne s'étonnera donc pas que, dans la commission, unanime sur presque tous les points, il y ait eu dissidence marquée sur

¹ Dans l'affaire jugée par le tribunal correctionnel de Rennes, le 22 février 1851, un des témoins, qui était militaire et qui avait montré des dispositions conciliantes, n'a été condamné qu'à cinq francs d'amende, tandis que les autres témoins l'étaient à cinq jours d'emprisonnement et deux cents francs d'amende (V. *le Droit* du 26 février 1851).

celui-ci, et que même la compétence du jury ait été défendue par une minorité d'une certaine importance.

Examinons les motifs présentés en ce sens. Nous allons tâcher de les mettre dans tout leur jour ¹.

Il n'est, a-t-on dit, qu'une seule puissance qui ait vraiment prise sur le duel, et cette puissance est l'opinion. Dès que le duel aura été condamné *par le jury*, c'est que l'opinion lui aura fait défaut; dès lors il disparaîtra, car il n'aura plus de raison d'être ². Mais le jury condamnera-t-il? Oui, parce que la peine, mitigée et proportionnée au délit, sera acceptable pour la conscience publique. Déjà de nos jours, même dans le trouble et la confusion d'une jurisprudence qui s'évertue à identifier des choses disparates et à violenter le langage, le jury n'a pas toujours tenu bon en faveur du duel, et il y a eu des condamnations en Cour d'assises ³. Sans doute, malgré la loi nouvelle, si modérée et si raisonnable, il y aura encore des acquittements; mais le mal qui doit en résulter sera minime, comparé au bien produit par les condamnations. Chaque coup porté par le jury sera terrible pour le duel, poursuivi ainsi dans son unique asile, qui est la complicité du public. Et d'ailleurs les résistances à la loi ne peuvent manquer de s'affaiblir de plus en plus, à mesure que son équitable modération sera mieux connue et appréciée.

Ces motifs n'ont point entraîné la majorité de la commission. Après l'examen le plus approfondi, elle s'en est tenue fermement à la compétence des tribunaux correctionnels.

D'abord, l'ordre des juridictions est une règle fondamentale dont il ne faut s'écarter que le moins possible. Il s'agit ici de poursuivre et de juger un délit; or le jugement des délits appartient aux tribunaux correctionnels ⁴. Que voudrait-on faire? déroger à ce principe, en traitant le duel comme un délit, non plus seulement *sui generis*, mais *privilegié* au point de vue de

¹ M. Cauchy, dans son grand ouvrage, a soutenu cette thèse avec son talent habituel (t. II, p. 54 et suiv.). Le sentiment opposé est établi victorieusement, selon nous, dans la brochure de M. Louis Dufour (p. 104 et suiv.).

² V. M. Cauchy, t. II, p. 64.

³ V. les arrêts du 12 avril 1839 (Cour d'assises de la Meuse) et du 21 mars 1840 (Cour d'assises de Seine-et-Oise), qui, d'après les déclarations du jury, ont prononcé des peines correctionnelles pour faits de duel; M. Cauchy les cite, t. II, p. 60.

⁴ Code d'instruction criminelle, art. 179.

la procédure criminelle ! Ne craint-on pas de le relever ainsi, de le mettre comme sur un piédestal, de l'exalter aux yeux du public par la solennité exceptionnelle des Cours d'assises ? N'est-ce pas là lui rendre une sorte d'hommage dangereux ? D'un autre côté, le législateur, en recourant au jury en pareille matière, ne semblera-t-il pas douter de la bonté de son œuvre et vouloir en empêcher la rigoureuse application ? Ce danger apparaîtra mieux, si l'on recherche quel est l'esprit de notre droit criminel sur le jury, et pour quels motifs la connaissance de certaines affaires lui a été attribuée.

En premier lieu, le jury connaît des *crimes*, c'est-à-dire des infractions les plus graves, que la loi punit de peines afflictives et infamantes ou infamantes seulement. Le jury seul a paru offrir une garantie suffisante à l'homme menacé de peines telles que la mort, les travaux forcés, la déportation, etc. ; la gravité de ces peines a fait craindre d'en remettre l'application à des magistrats permanents, familiarisés avec les rigueurs de la loi. Les jurés, dont la mission est de courte durée, qui n'entrent dans le prétoire de la justice criminelle que pour en sortir bientôt, y apportent une attention plus inquiète, si l'on peut parler ainsi ; de sorte qu'avec eux une déclaration de culpabilité ne s'obtient guère que sur des preuves irréfragables. Cette garantie donnée aux accusés est un des motifs qui ont rendu le jury si populaire, disons-le même, si indestructible partout où il s'est établi. Mais presque partout on l'a restreint (sauf les exceptions que nous allons indiquer) aux matières du grand criminel, à l'exclusion des simples délits, passibles seulement de peines correctionnelles.

En second lieu, chez nous et dans quelques autres pays, on a étendu le jugement par jury à certains délits *politiques*, par exemple à ceux de la presse, des élections, des associations, etc., bien que les peines correctionnelles leur soient seules applicables ¹. Ici, on a été dirigé par d'autres vues, et on a donné la garantie du jury moins à la personne du prévenu qu'au principe de la liberté politique. On a craint, d'une part,

¹ Ceci a été changé par les décrets des 31 décembre 1851, 17 février et 25 février 1852. Néanmoins, nous avons cru devoir conserver ce passage pour laisser à notre rapport sa couleur et son caractère propres, et pour bien mettre en lumière notre thèse de l'utilité de la juridiction correctionnelle en matière de duel.

que le zèle des magistrats pour le bon ordre et pour l'autorité ne leur fit porter la répression jusqu'au point où elle générerait les droits des citoyens ; car, ainsi que le dit Montesquieu, « tout, dans la société, *aboutit à des jugements.* » D'autre part, il est évident que pour ces sortes de délits, on a rarement, comme pour les autres, un mode d'appréciation certain et sur lequel des juges très-éclairés doivent tomber d'accord. On reconnaît à des caractères assez bien tranchés ce qui constitue un délit de droit commun, vol, escroquerie, abus de confiance, etc. Mais, au contraire, dans beaucoup de matières politiques, où est la limite précise entre l'abus et l'exercice du droit ? où s'arrête, par exemple, la critique permise des lois et des autres actes de l'autorité publique, et où commence l'attaque, la provocation à la désobéissance, l'excitation à la haine et au mépris, etc. ? Des faits de cet ordre comportent des modifications et des nuances qui varient à l'infini et que chacun apprécie à sa manière, d'après ses vues et ses opinions personnelles. Aussi Royer-Collard remarquait-il¹ que, dans les procès de presse et autres analogues, en l'absence d'un *critérium* exact propre à faire reconnaître l'existence du délit, une part très-large était forcément laissée à l'arbitraire. Et de là il concluait, pour tous ces cas, en faveur de l'intervention du jury, pouvoir mobile dans ses éléments, tiré pour chaque affaire du sein même de la société et revenant s'y confondre, après avoir accompli sa mission. L'arbitraire, auquel la nature des choses ne permettait pas d'échapper, devait (ce sont les expressions de Royer-Collard) *passer sans cesse de main en main sans être retenu par aucune*².

Rien de semblable dans les affaires de duel ; ici la diversité des opinions ne doit avoir aucune influence ni, par conséquent, l'arbitraire aucune prise. Il y a simplement à constater des faits dont la nature est bien déterminée et sur lesquels tout homme de bonne foi et affranchi de passions et de préjugés portera la même décision. Les tribunaux ont donc qualité,

¹ En 1817.

² Et ailleurs, parlant toujours de la presse, Royer-Collard dit : « La déclaration du fait, qui est la matière du jugement, doit être invariablement séparée du ministère du juge, par cela seul que l'arbitraire y est inévitable et que le juge est inamovible. » (Opinion sur le projet de loi relatif à la presse, en 1817. — V. M. Cauchy, t. I, p. 338 et 386.)

à tous égards, pour statuer sur les délits prévus par notre loi.

Suivant nous, l'opinion contraire est une erreur fort dangereuse. Dans notre intime conviction, loin qu'il faille déroger ici à la règle ordinaire, afin d'écarter la compétence des tribunaux correctionnels, il eût fallu créer cette compétence et l'établir, si elle n'était déjà fournie par le droit commun.

Nous avons développé les considérations sur lesquelles se base le principe de notre loi et nous avons fait voir que ce principe est la *répression modérée du duel*. Nous avons montré que la loi devait faire une part convenable à des éléments divers, longtemps regardés comme exclusifs et incompatibles. Si l'on s'attache à la justice pure, absolue, indépendante des traditions et des mœurs, on sera impitoyable pour le duel. Si, au contraire, on s'abandonne au courant des idées reçues dans le monde, le duel restera impuni. Notre loi respecte et ménage tout ce qui doit l'être : elle proclame l'autorité des principes, mais sans méconnaître la puissance des faits ; c'est entre la justice abstraite et l'opinion traditionnelle qu'elle se trace une voie. Veut-on faciliter et assurer sa marche ; c'est à la magistrature qu'il faut s'adresser, et non pas au jury. Point d'abus sérieux à craindre de la part des juges ; car pour chacune des variétés du délit le *maximum* de la peine est réglé par la loi et l'est avec modération. En sera-t-il de même si c'est le jury qu'on charge de déclarer la culpabilité ? Nullement : puisqu'on sait que l'opinion commune et générale, celle que représente le jury, fait au duel les concessions les plus larges, l'autorise, et, tranchons le mot, l'honore presque toujours là où elle le rencontre. Le mécanisme d'une loi sur le duel, quelque savant et ingénieux qu'il soit, marchera donc mal ou plutôt ne marchera pas, si c'est le jury qui doit en être la force motrice. Peut-être même l'état actuel des choses empirera-t-il quant à la sûreté de la répression ; car aujourd'hui du moins, lorsqu'à raison du peu de gravité des faits (ce qui arrive souvent), le duel n'est traité que comme simple délit, le jury n'a pas à en connaître et la répression a inévitablement lieu.

Comme, en réalité, toute loi faite contre le duel, quelque sage et modérée qu'elle puisse être, trouvera dans l'opinion une certaine résistance, n'allons pas mettre cette loi sous la direction et la tutelle de l'opinion elle-même. Cherchons ailleurs des organes sûrs, des instruments dociles de la légalité. Nous le

répétons, une large part va être faite aux habitudes, aux mœurs, au préjugé, en un mot; cette part, c'est la douceur des peines. Mais il serait ridicule de donner au préjugé la haute main sur la justice et par conséquent sur la loi. Ce serait, pour une vaine utopie, abandonner un avantage certain et indiqué par le bon sens.

On prétend que dès que le duel aura été condamné par un jury, un résultat décisif sera obtenu. *Le duel aura trouvé son maître*, dit M. Cauchy¹; *les représentants légaux de l'opinion l'auront solennellement condamné*. Un savant conseiller à la Cour de cassation a dit aussi « qu'un seul jury qui condamne fait gagner plus de terrain que n'en font perdre vingt jurys qui acquittent². » Mais cette allégation ne nous a paru décisive ni en droit ni en fait.

En droit, nous n'avons pas pensé que le législateur doive jamais établir une juridiction avec la pensée qu'elle ne pourra pas fonctionner régulièrement. On reconnaît que le jury acquittera souvent le duel, malgré la complète évidence des faits et l'aveu même des prévenus; or cela nous suffit, dès l'abord, pour décliner la compétence du jury. Il ne s'agit pas ici d'un plan de stratégie dans lequel on suppose, comme les Romains avec Pyrrhus ou Annibal, si une seule victoire ne réparera pas plusieurs défaites. La justice ne doit pas être un jeu livré au hasard. Sans doute toutes juridictions sont faillibles, parce que tous les juges sont hommes; mais il serait inouï qu'en faisant la loi on y déposât sciemment le germe de vices qui doivent en fausser l'application.

En fait, nous ne pouvons admettre que quelques condamnations du duel émanées du jury doivent avoir les résultats immenses dont on a parlé. Nous savons que déjà des condamnations de ce genre ont été prononcées; or cela n'a pas empêché que beaucoup d'autres duels aient eu lieu depuis, et la plupart, notons-le bien, très-impunément. Les actes de sévérité du jury contre les duellistes ont été de rares exceptions et ce qu'on pourrait appeler des accidents, perdus en quelque sorte dans la masse des acquittements. Ils ont même passé tellement inaperçus que, sauf quelques érudits, personne ne s'en

¹ T. II, p. 64.

² M. Hello, *Revue de législation*, t. XI, p. 488.

occupe et ne paraît en avoir conservé le moindre souvenir¹.

Nous ferons une remarque subsidiaire, c'est que notre législation n'attribue pas au jury la connaissance des délits d'injure et de diffamation *contre les particuliers*, même commis par la voie de la presse. Or des délits de ce genre seront souvent connexes à celui du duel ; ils auront un trait direct à la querelle et figureront naturellement comme circonstances aggravantes d'un côté et atténuantes de l'autre. Il importe donc que tous ces faits divers, qui s'enchaînent, se modifient et s'expliquent les uns par les autres, soient soumis à une commune juridiction. Le juge pourra apprécier l'affaire dans tous ses détails et appliquer à chaque prévenu d'un délit, soit d'injure ou de diffamation, soit de duel, la peine qu'il aura encourue.

Venant des tribunaux correctionnels, la répression du duel aura moins de solennité que si elle émanait des Cours d'assises, mais enfin elle existera, ce qui est le point capital. Nul ne comptera plus trouver dans la justice un abri contre la loi. La certitude infaillible de la peine attiédira, n'en doutons pas, bien des emportements ; et la perspective de la police correctionnelle effrayera tel que n'effrayent point les chances du combat.

Nous n'avons point ici d'article de loi à rédiger. La loi nouvelle gardant le silence sur la juridiction en matière de *délits de duel*, les tribunaux de police correctionnelle se trouvent compétents, d'après les règles du droit commun.

Du reste, notre projet déclare applicable à tous les délits dont il s'occupe l'article 463 du Code pénal ; le juge pourra donc toujours, lorsqu'il existera des circonstances atténuantes, abaisser les peines au-dessous du *minimum* ordinaire. Il n'y a pas eu de difficulté dans la commission à ce sujet. L'article 463 a pris place dans toutes nos lois nouvelles et tend de plus

¹ Chose singulière ! ces condamnés *exceptionnels* se présentaient devant la justice dans des circonstances très-favorables et qui semblaient devoir appeler sur eux un intérêt tout particulier. Ainsi, dans l'affaire du 21 mars 1840 (Seine-et-Oise), l'accusé principal, qui fut condamné à trois ans d'emprisonnement, avait été provoqué, et, à trois reprises, avait voulu interrompre le combat, si bien que le ministère public avait *abandonné l'accusation*. Dans l'affaire du 12 avril 1839 (Meuse), l'individu condamné à deux mois d'emprisonnement s'était montré, avant le combat, disposé à un arrangement (V. M. Cauchy, t. II, p. 60). La connaissance des faits de duel, livrée au jury, ne produira jamais que mensonge ou contradiction.

en plus à devenir le droit commun en matière pénale.

Des siècles se sont passés à débattre la question du duel ; le moment est venu de la trancher. Tout ce qui s'y rattache a été exploré, vérifié, apprécié à loisir ; les travaux préparatoires abondent ; l'expérience de vingt peuples étrangers vient s'y joindre. La théorie et la pratique s'unissent aujourd'hui pour diriger le législateur , pour aplanir devant lui tous les obstacles et pour l'amener enfin à réaliser ce qui pourra être appelé *une solution*.

ENSEMBLE DU PROJET DE LOI ARRÊTÉ PAR LA COMMISSION
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE.

Article 1^{er}.

Le duel est un délit.

Article 2.

Toute provocation en duel , tout outrage ou injure contenant une provocation, ou ayant donné lieu à une provocation, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de seize francs à cinq cents francs, sans préjudice des peines plus fortes qui seraient prononcées par les lois, à raison de la nature de l'outrage ou de l'injure.

Article 3.

Seront punis de la même peine l'imputation faite publiquement à une personne de n'avoir pas proposé ou d'avoir refusé un duel, ainsi que l'outrage fait ou l'injure adressée à une personne pour les mêmes causes.

Article 4.

Quiconque se sera battu en duel sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende de cinquante francs à mille francs.

L'auteur de blessures faites en duel sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de cent francs à trois mille francs.

Quand les blessures auront causé la mort, la peine sera d'un an à cinq ans d'emprisonnement, et de cinq cents francs à cinq mille francs d'amende.

Article 5.

Seront punis comme complices des délits prévus par la présente loi ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'au-

torité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront excité à les commettre.

Article 6.

Les témoins du duel, non réputés complices aux termes de l'article précédent, seront passibles des peines portées par le § 1^{er} de l'article 4.

Néanmoins, si le duel n'a entraîné ni homicide ni blessures, le tribunal pourra ne prononcer aucune peine contre les témoins, lorsque leur intervention sera reconnue n'avoir eu pour but que d'empêcher le duel ou d'en prévenir les fâcheux résultats.

Article 7.

Dans les cas prévus par les §§ 2 et 3 de l'article 4, le tribunal pourra prononcer contre l'auteur de l'homicide ou des blessures, l'interdiction, en tout ou en partie, des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal, pendant un temps qui ne pourra excéder cinq années, à compter du jour où le coupable aura subi sa peine.

Article 8.

Le coupable d'homicide commis en duel pourra, en outre, être condamné à s'éloigner, pendant un an au moins et cinq ans au plus, d'un rayon de douze myriamètres, du lieu du domicile de la personne qui aura succombé, et ce, sous la peine portée par l'article 45 du Code pénal.

Article 9.

L'article 463 du même Code pourra être appliqué dans tous les cas prévus par la présente loi.

A. VALETTE.

APPROVISIONNEMENT DE PARIS. — MARCHÉ DES INNOCENTS.

Par M. GEORGE GENREAU, substitut au tribunal civil de Versailles.

Les chambres réunies de la Cour de cassation sont en ce moment saisies d'une question où se trouvent engagés les intérêts et les principes les plus considérables : comme intérêts l'existence même d'une branche d'industrie importante, d'une part, et, de l'autre, les revenus de la ville de Paris dans une certaine mesure ; comme principes, la liberté du commerce d'un côté, et de l'autre les pouvoirs réglementaires du préfet de police, et les conditions mêmes de l'approvisionnement de Paris.

Cette question est née de l'interprétation de l'ordonnance de police du 18 mai 1855 sur la vente des fruits et légumes destinés à l'alimentation de Paris, et de l'application contestée des anciennes ordonnances relatives au même objet.

Elle consiste à savoir si toutes les denrées de cette nature expédiées à Paris et non accompagnées par le producteur doivent passer par le carreau des halles pour y subir l'examen des préposés et la concurrence de la criée, ou si au contraire elles peuvent être adressées directement à des marchands revendeurs, domiciliés à Paris, qui les reçoivent, soit pour leur compte les ayant achetées à l'avance, soit pour le compte du producteur dont ils sont les consignataires.

Nous voudrions *faire* connaître aux lecteurs de la Revue les termes de ce grave débat, placer sous leurs yeux les textes contestés, et proposer quelques-unes des considérations qui peuvent justifier le pourvoi déféré à la Cour suprême.

I.

Les principes de la matière sont d'une extrême simplicité.

C'est une condition de la vie sociale, que partout où il y a agglomération d'hommes, l'autorité ait le droit et le devoir d'assurer *l'approvisionnement* de la cité. Ce serait un pays barbare que celui où chacun serait obligé d'aller lui-même chercher au dehors sa subsistance, et où nul ne serait assuré de l'alimentation du lendemain.

Une deuxième obligation de l'autorité municipale, c'est d'assurer la *salubrité* des denrées et leur *bonne qualité*. La santé publique y est intéressée.

Une troisième obligation de l'autorité municipale, c'est d'assurer la *fidélité du débit*, de réprimer les inexactitudes dans le mesurage, d'empêcher la dissimulation, sous des denrées recevables, de denrées inférieures. C'est à cet ordre d'idées qu'appartient la loi du 27 mars 1851 punissant les tromperies sur les marchandises.

Enfin, une dernière obligation de l'autorité, c'est de réaliser, dans la mesure du possible, *la vie à bon marché*. C'est là en effet, pour la population tout entière, mais surtout pour les classes ouvrières, un besoin que le pouvoir doit satisfaire autant qu'il est en lui; et ce grand problème fait aujourd'hui l'objet des préoccupations de tous les gouvernements de l'Europe, et spécialement de la sollicitude du gouvernement français, qui s'est efforcé de le résoudre en partie par la taxe des denrées alimentaires de première nécessité, le pain et la viande.

Tels sont les principes de notre législation, repoussés, il est vrai, par l'économie politique. Tandis que les économistes proclament, depuis bientôt cent ans, les bienfaits de la liberté illimitée, l'équilibre résultant de la concurrence, la toute-puissance de l'industrie privée et les dangers de l'intervention de l'État, le législateur a toujours imposé ces obligations tutélaires, au gouvernement pour le pays tout entier, à l'autorité municipale pour la commune qu'elle représente, au préfet de police pour la ville de Paris. Tel est l'objet, notamment, de l'article 3, titre 11, de la loi des 16-24 août 1790, et des articles 32 et 33 de l'arrêté du 12 messidor an VIII¹.

Comment ces obligations de l'autorité peuvent-elles être remplies? Les lois que nous venons de citer le disent, consacrant l'état de choses qui a existé de tous les temps : c'est au

¹ Loi des 16-24 août 1790, tit. 11, art. 3 : « Les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont : 1°...... 2°...... 3°. le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, etc.; 4°. l'inspection sur la *fidélité du débit* des denrées qui se vendent au poids, à l'aune et à la mesure, et sur la *salubrité* des comestibles exposés en vente publique. »

Arrêté du 12 messidor an VIII, art. 32 : « Il (le préfet de police) fera surveiller spécialement les foires, marchés, halles, places publiques, et les *marchands forains, colporteurs, revendeurs, etc.* »

Art. 33, *ibid.* : « Il fera inspecter les marchés, ports et lieux d'arrivages des comestibles, boissons et denrées, dans l'intérieur de la ville..... Il rendra compte au ministre de l'intérieur des connaissances qu'il aura recueillies par ses inspections sur l'état des *approvisionnements de la ville de Paris.* »

moyen des marchés. On sait qu'il en existe à Paris de deux sortes : 1° les marchés d'approvisionnement, où les producteurs apportent ou expédient leurs denrées, et où se présentent, et les revendeurs, et ceux qui veulent acheter de première main : chacun de ces marchés est affecté à une espèce particulière de denrées ; 2° les marchés de détail, où les revendeurs livrent les denrées aux besoins de la consommation : ces marchés, répartis sur les divers points de Paris, sont ouverts tous les jours, et comprennent toute espèce de denrées.

Ceci posé, le producteur devra-t-il être tenu de faire passer ses denrées par le marché public, ou doit-il au contraire avoir la faculté de les vendre et de les expédier directement à un revendeur domicilié ? La question considérée, non au point de vue économique, mais au point de vue législatif et d'après les habitudes et les nécessités actuelles du pays, n'est pas douteuse : le système qui assure le mieux l'approvisionnement de la cité, le bon marché des vivres et l'examen des denrées, c'est celui qui rend l'apport de ces denrées au marché public obligatoire pour le producteur. Autrement, en effet, si les producteurs pouvaient faire directement leurs expéditions aux revendeurs, et les revendeurs immédiatement leurs ventes soit à des revendeurs en sous-ordre, soit au public, la vérification des denrées, de leur qualité, de leur salubrité, de la fidélité de leur débit, deviendrait impossible ; bien plus, les revendeurs pourraient par l'appât de gains élevés offerts aux producteurs, concentrer entre leurs mains toutes les denrées, en élever à leur tour indéfiniment les prix, au grand préjudice des citoyens, et même, il faut aller jusque-là, détourner ou retenir à leur gré l'approvisionnement de la cité. Danger chimérique, diront les économistes, et en tout cas passager ; danger réel, diront avec nous, ceux qui s'effrayent, sous le coup d'exemples récents, de voir l'esprit de spéculation s'étendre des valeurs industrielles sur les objets mêmes de consommation¹ ; danger en tout cas immense, quand même il ne durerait que peu de jours.

Le système que nous proposons est-il contraire à la liberté

¹ Voir, sur l'extension actuelle de la spéculation aux denrées et aux divers objets de l'industrie, les premières pages du rapport de M. Louis Reybaud sur la condition des ouvriers qui vivent du travail de la soie (Comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques, livraison de janvier 1858).

de l'industrie ? Il la réglemente, sans la détruire. Il laisse au producteur le droit de produire ou de ne pas produire, de vendre ses produits ou de les conserver, de choisir l'époque et le lieu où la vente lui sera le plus profitable, et de demander de sa chose, s'il ne la soumet volontairement à la criée, le prix que bon lui semble. Il laisse au revendeur le droit d'exercer librement son industrie sur les denrées apportées au marché, de les acheter à leur valeur véritable, de les revendre avec un gain légitime. Quant au consommateur, sa liberté est ici hors de cause, et il ne participe à ce système que par les avantages qu'il en retire.

Cette solution semble donc, *à priori*, la plus conforme, ou plutôt la seule conforme au principe de nos lois ; et nous allons voir qu'elle a été, en effet, expressément admise par le législateur.

II.

Quelle a été, en France, la législation sur les marchés, spécialement en ce qui concerne les fruits et légumes ? Deux époques sont à considérer : avant ou après 1789.

I. *Avant 1789.* Le premier texte que nous rencontrons est l'ordonnance du 30 janvier 1350, dont les dispositions fondamentales sont encore en vigueur aujourd'hui ¹, et qui défend aux marchands de porter leurs denrées ailleurs qu'au marché, et aux revendeurs d'acheter ailleurs qu'au marché ². C'est là le point de départ de toute la législation postérieure.

La même disposition se rencontre dans l'article 491 de l'or-

¹ Dalloz, *Nouveau Répertoire*, v^o *Halles et marchés*, n^o 9.

² Collection d'Isambert, t. IV, p. 574. Voir notamment les articles 50, 90, 97, 111, 134, 139, 148 et 163 de l'ordonnance. Ces deux derniers articles sont formels :

Art. 148 : « Nul, quel qu'il soit, ne pourra acheter pour revendre pou-lailles, œufs, fromages, etc., *ni autres vivres quelconques* en la ville de Paris, s'il ne les achète es places publiques et lieux où les marchés sont. Et seront tenus toutes manières de gens et marchands apporter leurs denrées quelconques sans décharger ni aller aux marchands ou regrattiers aucuns, si ce n'est es places et marchés publics et accoutumés, afin que chacun s'en puisse garnir et en avoir pour en vivre pendant ladite heure et avant que les marchands les achètent pour revendre ; sur peine de perdre et forfaire les denrées, etc. »

Art. 163 : « Il est ordonné que tous marchands forains qui apporteront en la ville de Paris aucunes marchandises et denrées pour vendre, les porteront pour vendre es halles et es marchés publics et accoutumés, et ailleurs ne les pourront descendre ni ailleurs vendre, sur peine de perdre les denrées et d'être en amende à volonté. »

donnance de février 1415, applicable à toute espèce de denrées, elles doivent être portées au marché, « pour icelles vendre et distribuer à un chacun qui en voudra avoir pour son argent, » dit cette ordonnance ¹, puis dans l'édit du 3 juillet 1497 ²; dans celui du 7 novembre 1544, dont les prescriptions s'appliquent aux céréales, mais dont le préambule est général et mérite, aujourd'hui surtout, d'être remarqué ³, et dans l'ordonnance du 28 septembre 1590, qui défend de vendre et d'acheter les vivres ailleurs qu'aux halles et places publiques accoutumées ⁴.

D'autres ordonnances règlent la profession des revendeurs, les astreignent à n'acheter les denrées qu'au marché, et leur interdisent de faire aucune association avec les marchands forains et notamment de leur servir de commissionnaires. Ce sont, entre autres, l'ordonnance du 6 octobre 1632 ⁵; l'arrêt

¹ Collection d'Isambert, t. VIII, p. 427.

² Collection d'Isambert, t. XI, p. 289.

³ Collection d'Isambert, t. XII, p. 886.— Voici ce préambule : « Comme par diverses ordonnances, statuts et édits de nos prédécesseurs et nous, et pour le bien commun de nos sujets, soit expressément inhibé et défendu à tous marchands et autres personnes quelconques d'acheter blez en verd, vendre, débiter ny acheter aucuns blez ny autres grains ailleurs qu'ès marchés publiques de nostre royaume : toutesfois cela a esté si mal observé depuis aucun temps en ça, que pour le jour d'huy, encore que d'aucunes sortes de grains y aist cette année (grâces à Dieu) assez grande uberté, l'on en voit et cognoist évidemment les prix si excessivement haussez, que cela fait certaine et oculaire preuve des fautes et fraudes en ce commises. A cause desquelles nos subjets en plusieurs estats sont tellement grevez et offensez, que ceux qui ont quelque patrimoine et revenu n'en scauraient vivre, encore moins les artisans et menu peuple du labour de leurs mains; par ce moyen sont contrains hausser et augmenter les salaires et prix acoustumez de leurs ouvrages, vacations et peines, au danger de pis, s'il n'y était promptement pourvu. »

L'article 1^{er} porte : « Que les blez et autres grains qui s'exposeront en vente seront portez aux marchez publiques de nostre royaume et non ailleurs, et qu'à la vente et distribution d'iceux le menu populaire vivant au jour la journée sera, à quelque heure qu'il arrive esdits marchez, le premier préféré, et après ledit populaire ceux qui en voudront avoir pour la provision de leurs hostels. »

L'article 2 défend de vendre ou acheter des grains ailleurs qu'aux marchés publics.

⁴ Ordonnance du 28 septembre 1590, art. 2 : « Il est aussi fait défense à ceux qui amèneront des vivres en cette ville pour vendre, de les descendre ailleurs qu'aux halles et places publiques accoutumées pour être vendues, et à toutes personnes d'acheter ailleurs qu'ès dites halles. » (Collection de Delessert.)

⁵ Collection de Delessert, à sa date : « Faisons très-expresses inhibitions et défenses à toutes personnes de faire aucuns magasins ni regrattages en cette

du parlement de Paris, du 22 février 1691¹; l'ordonnance du 15 février 1721²; l'ordonnance du 25 juin 1767³, et enfin l'ordonnance du 17 juin 1778⁴. Cette dernière ordonnance emprunte une importance considérable aux circonstances dans lesquelles elle est intervenue. Elle n'est en effet postérieure que de deux années aux dernières réformes de Turgot et aux mémorables édits dans lesquels ce grand ministre obtenait de la sagesse du roi l'abolition de la corvée et la suppression des maîtrises et jurandes⁵; mais il faisait plus, et dans le préambule de plusieurs édits⁶ il proclamait les dangers de toute réglementation et les avantages de la liberté illimitée de l'industrie. C'est ce qui justifie, dans une certaine mesure, la résistance du parlement, et les énergiques paroles prononcées

ville et faubourgs de Paris, de quelque marchandise que ce soit, ni contrevenir aux réglemens de police. »

¹ Collection de Delessert, à sa date. — Cet arrêt « fait défense aux maîtres fruitiers et à tous regrattiers..... d'acheter ou faire acheter par personnes interposées..... aucuns fruits et autres denrées pour les vendre et appliquer à leur profit. » Il ajoute que les marchands forains « seront tenus d'amener leurs denrées au marché pour y être vendues et débitées publiquement, sans qu'il soit fait réserve ni magasins. »

² Collection de Delessert, à sa date : « Faisons très-expresses inhibitions et défenses auxdits marchands forains, regrattiers et autres, de s'arrêter, resserrer, vendre et débiter leurs marchandises ailleurs que dans les halles. »

³ Collection de Delessert, à sa date. — Art. 5 : « Faisons défense auxdits fruitiers-orangers de faire aucune association avec les marchands forains, de leur servir de facteurs ou commissionnaires..... »

⁴ Isambert, t. XXV, p. 313. — « Art. 1^{er}. Tous les marchands forains de fruits seront tenus, comme par le passé, de les apporter directement sur le carreau de l'ancienne halle aux bleds, pour y être vendus (vus?) et visités par les syndics et adjoints de la communauté des fruitiers-grainiers, et vendus et cotés, si besoin est, en la manière ordinaire.

» Art. 2. Faisons très-expresses inhibitions et défenses auxdits forains de les vendre et débiter par les rues, par les quais et autres lieux de cette ville, ni les resserrer ailleurs que sur le carreau de la halle.....

» Art. 3. Faisons pareillement défense à tous fruitiers et regrattiers d'aller ou envoyer au devant desdites marchandises pour les arrher et en faire le prix, mais seront tenus de ne les acheter que sur le carreau de la halle.....

» Art. 5. Faisons pareillement défense auxdits fruitiers et regrattiers de surenchérir les marchandises lorsque le prix en aura été fait et convenu ; comme aussi de former entre eux et le forain aucune association, sous peine d'amende, de saisie et même de confiscation de ladite marchandise. »

⁵ Édits de février 1776. (Isambert, t. XIII, p. 358 et 370.)

⁶ Voir notamment les édits du 13 septembre 1774 et du 5 février 1776. (Isambert, t. XXIII, p. 30 et 318.)

par d'Aligre et Séguier au lit de justice du 12 mars 1776¹. Au surplus, le triomphe des idées économiques n'avait pas été de longue durée, et peu de temps après la chute de Turgot, un nouvel édit rétablissait le système des corporations pour la plupart des professions, parmi lesquelles se trouve celle des fruitiers-orangers et des grainiers².

Tels sont tous les règlements antérieurs à 1789. Si on lit ces textes en entier, on y trouve deux séries distinctes de dispositions, fondées sur deux ordres d'idées différents; la première se rapporte à la prohibition de faire le commerce des fruits pour quiconque ne fait pas partie de la corporation des fruitiers-orangers; la seconde se réfère à la prohibition de vendre et d'acheter des fruits ailleurs qu'au marché public. Ces deux restrictions à la liberté absolue de l'industrie ont un caractère bien différent; et si l'une était une servitude imposée à tous dans l'intérêt exclusif d'une corporation, la seconde avait pour objet essentiel l'intérêt général, et réglementait, dans un but d'ordre public et à l'avantage des consommateurs, l'exercice de cette industrie par les producteurs d'une part, et de l'autre

¹ Isambert, t. XXIII, p. 398 et suiv.

« La déclaration qui abroge, sans distinction, tous les règlements de police pour l'approvisionnement de votre capitale, met en péril les subsistances et la salubrité des aliments d'un peuple innombrable enfermé dans ses murs. » (Discours du premier président d'Aligre, *ibid.*, p. 410.)

« Abandonner la subsistance de votre capitale aux spéculations des commerçants, c'est abandonner la certitude du présent pour un avenir incertain; c'est s'exposer à manquer de nourriture pour les citoyens; car il faut que le peuple voie des provisions. Et que deviendrait cette multitude innombrable de journaliers qui ne trouvent des aliments que dans le fruit du travail de leurs mains, si le défaut de denrées dans les marchés pouvait les alarmer sur la certitude de leur subsistance du lendemain? » (Discours de M. Séguier, *ibid.*, p. 418.)

Et plus loin : « La liberté est sans doute le principe de toutes les actions, elle est l'âme de tous les États; elle est principalement la vie et le premier mobile du commerce. Mais, Sire, par cette expression si commune aujourd'hui, et qu'on a fait retentir d'une extrémité du royaume à l'autre, il ne faut point entendre une liberté indéfinie, qui ne connaît d'autres lois que ses caprices, qui n'admet d'autres règles que celles qu'elle se fait à elle-même.... Il n'y a, Sire, dans un État policé, de liberté réelle, il ne peut y en avoir d'autre que celle qui existe sous l'autorité de la loi. Les entraves salutaires qu'elle impose ne sont point un obstacle à l'usage qu'on en peut faire, c'est une prévoyance contre tous les abus que l'indépendance entraîne à sa suite. » (*Ibid.*, p. 422.)

² Édit d'août 1776. (Isambert, t. XXIV, p. 74.)

par les membres eux-mêmes de cette corporation privilégiée. De là résulte cette conséquence, dont on trouve la démonstration dans le texte même des lois postérieures, que cette seconde série de dispositions légales, indépendante de la première, pourra lui survivre, et persister encore quand la révolution aura proclamé le principe de la liberté de l'industrie.

II. *Après 1789.* Ce principe est écrit dans l'article 7 de la loi du 2 mars 1791 : « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits... » La même disposition se retrouve dans nos constitutions successives, et fait désormais partie de notre droit public¹. Que résulte-t-il du principe nouveau ? Que le commerce de vendeurs ou revendeurs de fruits devient libre et accessible à tous, mais nullement que les conditions auxquelles, dans un intérêt général, cette profession avait été soumise, sont abolies ; et la loi elle-même porte la réserve expresse, des règlements de police passés et à venir. La Cour de cassation fait de cette vérité générale, dans un cas analogue, une application extrême et remarquable, quand elle maintient les condamnations prononcées en vertu de l'édit de février 1776 contre les boulangers qui n'ont pas fait, une année avant de se retirer, une déclaration préalable à l'autorité². Ainsi, et après la loi de 1791, les dispositions des anciennes ordonnances qui prescrivaient l'apport des fruits au marché n'étaient pas par là même abrogées ; elles continuaient à être en vigueur, et ne devaient tomber que devant une abrogation expresse ou une abrogation tacite résultant de nouveaux règlements inconciliables avec les anciens.

Ces règlements nouveaux sont venus, et, loin d'innover, ils ont reproduit, au moins dans sa partie essentielle, la législa-

¹ Constitution de 1793, art. 17 : « Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens. »

Constitution de 1848, art. 13 : « La Constitution garantit aux citoyens la liberté du commerce et de l'industrie. »

Constitution de 1852 : « La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français. »

² Cassation, 18 février et 9 juin 1848 ; 14 février 1856 et 3 avril 1857.

tion antérieure. Le premier d'entre eux est une délibération du conseil municipal en date du 26 mai 1791, qui prescrit l'apport au marché de toutes les denrées qui n'ont pas une destination particulière, c'est-à-dire qui ne sont pas expédiées pour le compte des marchands¹; elle permet donc aux revendeurs d'acheter aux forains en dehors de la ville et de faire introduire les denrées pour leur compte; pour toutes les denrées non ainsi achetées à l'avance, elle maintient la règle de la vente au marché public; et enfin elle passe sous silence, et réserve par là même, la question de savoir si les denrées achetées d'avance par les revendeurs, et expédiées à Paris pour leur compte, ne doivent pas au moins traverser le carreau des halles pour y subir l'examen des préposés.

Cette dernière question a été tranchée par l'ordonnance du 14 thermidor an IX, qui ordonne d'apporter à la halle ces denrées à destinations particulières, non pour y être vendues, mais au moins : 1° pour que cette destination particulière soit bien constatée; 2° pour que leur qualité et leur salubrité

¹ Extrait des registres des délibérations du conseil municipal : « Le corps municipal, instruit que des particuliers qui ne suivent que les mouvements de leurs intérêts personnels, se permettent d'arrêter, à l'entrée de Paris ou dans les rues, les voitures chargées de beurre, œufs, fromage, gibier, volaille, poisson et autres comestibles, qui, n'ayant point de destination particulière, devraient être conduits à la halle pour y être vendus, les font conduire chez eux, et, en s'emparant ainsi de la plus grande partie de ces objets de première nécessité, se rendent les maîtres du prix en empêchant la concurrence;

» Considérant que, si rien ne peut empêcher que les voitures expédiées pour le compte des marchands ne soient conduites à leur destination particulière, rien aussi ne doit empêcher que celles qui n'ont pas de pareilles destinations ne soient conduites aux lieux publics destinés à la vente;

» Considérant, de plus, que ces spéculations, et particulièrement celles qui ont pour objet la vente des comestibles, nuisent particulièrement aux marchands et marchandes de détail, à qui elles enlèvent les moyens de subsistance;

» Après avoir entendu le second substitut adjoint du procureur de la commune;

» Arrête que toutes les voitures chargées de beurre, fromage, œufs et autres comestibles, qui ne seront point adressées à des destinations particulières, continueront comme par le passé, et jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, à être conduites à la halle; en conséquence, fait défenses à tous marchands et autres particuliers d'arrêter lesdites voitures, soit à leur arrivée à Paris, soit dans les rues, et d'acheter ailleurs qu'à la halle les comestibles dont elles sont chargées.

BARLEY, maître. »

soient vérifiées ; 3° pour qu'elles y subissent la chance du lotissement, c'est-à-dire l'annulation de la destination particulière et la vente publique, dans le cas où l'approvisionnement du jour ne suffirait pas ¹.

¹ Ordonnance de 14 thermidor an IX, concernant le commerce des fruits, légumes, etc. :

« Le préfet de police, informé des désordres qui se sont introduits dans le commerce des fruits, légumes, herbages et plantes usuelles, considérant la nécessité et l'urgence de prendre des mesures pour réprimer ces désordres ; vu les articles 2 et 33 de l'arrêté des consuls du 12 messidor an VIII, et l'article 1^{er} de celui du 3 brumaire suivant, ordonne ce qui suit :

» Art. 1^{er}. La partie des halles du centre connue sous le nom de cimetière des Innocents, les rues de la Lingerie, de la Féronnerie, des Fourreurs, etc., demeurent spécialement affectés à l'exposition en vente des fruits, légumes, herbages et plantes usuelles.

» Art. 2. Ces emplacements se divisent en trois parties principales. La première, destinée à la vente en gros des fruits, légumes, herbages et plantes usuelles et au commerce des fleurs, comprend le terrain du cimetière des Innocents, les rues, etc..... La seconde partie, destinée à la vente au détail des fruits, légumes, herbages et plantes usuelles, comprend le pourtour du carreau des Innocents, etc. La troisième partie, réservée à la vente au détail des légumes, herbages et poirées seulement, comprend le marché aux poirées et le terrain dit la pointe Saint-Eustache.

» Art. 3. L'emplacement destiné à la vente en gros des fruits, légumes, herbages et plantes usuelles, est divisé en plusieurs parties. Chaque partie est affectée à la vente des denrées de même nature, et les marchands sont tenus de s'y placer dans l'ordre indiqué par le commissaire des halles et marchés. Aussitôt après le déchargement des voitures, elles doivent être conduites sur les emplacements destinés à leur stationnement.

» Art. 6. Pendant la première heure du marché, les préposés de la préfecture feront la vérification des denrées exposées en vente.

» Art. 7. Pendant le même intervalle, les denrées à destinations particulières, bien constatées, devront être enlevées, et celles exposées en vente seront examinées par les acheteurs.

» Art. 10. Les marchands forains ne peuvent se rendre que sur les marchés établis pour la vente des denrées qu'ils apportent ; il leur est défendu d'en vendre ou de recevoir des arrhes sur les routes, dans les rues, dans les auberges, dans les cafés et partout ailleurs.

» Art. 11. Il est défendu d'aller au-devant des voitures pour acheter ou pour arrher aucune espèce de denrées.

» Art. 13. Il est défendu aux marchands forains d'emmagasiner dans Paris les denrées qu'ils auront amenées.

» Art. 14. Les marchands forains ne pourront vendre que par eux-mêmes ou par des personnes de leur famille les denrées qu'ils amèneront sur les carreaux.

» Art. 23. Les détaillants ne pourront faire aucune association avec les marchands forains pour la vente de leurs denrées. »

Les mêmes règles furent successivement reproduites dans les ordonnances du 25 novembre 1817¹ du 4 décembre 1819² et du 20 octobre 1825³. Elles étaient bien simples, et se résument en ces deux propositions : Tous fruits et légumes non achetés à l'avance par un marchand doivent être vendus au marché public ; — tous fruits et légumes achetés d'avance par un marchand doivent passer par le carreau des halles pour y être vérifiés, examinés, et lotis si cette mesure extrême était nécessaire.

Cet état de choses dura jusqu'en 1855. A cette époque, un système nouveau apparaît, produit par la sollicitude de l'administration pour les classes laborieuses. Les vivres étaient d'une cherté excessive, il fallait obtenir la baisse de leurs prix ;

¹ Ordonnance du 25 novembre 1817, concernant le commerce des fruits, légumes, etc. :

« Nous, préfet de police, considérant combien il importe, pour l'intérêt général des consommateurs, de tenir la main à ce que les marchés journaliers soit constamment approvisionnés en objets de première nécessité, et d'empêcher que rien de ce qui doit y être amené n'en soit détourné ; que tel a été, dans tous les temps, le but des réglemens rendus sur la matière des approvisionnements ; que le maintien de ces réglemens est spécialement confié à l'autorité et à la vigilance de l'administration municipale, par les lois des 16-24 août 1790, titre 11, et 22 juillet 1791 ; vu les ordonnances des 28 septembre 1590, 6 octobre 1632, 4691, 15 février 1721, 25 juin 1757, 6 mars 1758, 17 juin 1778, l'édit de décembre 1772, le règlement du 2 mai 1790, les lois des 16-24 août 1790 et 22 juillet 1791, et les articles 471, 475, 479 et 484 du Code pénal ; vu aussi les articles 2 et 33 de l'arrêté du gouvernement du 12 messidor an VIII, et l'article 1^{er} de celui du 3 brumaire suivant ;

» Ordonnons ce qui suit :

» Art. 1^{er}. Identique à celui de l'ordonnance du 14 thermidor an IX.

» Art. 2, 3, 5. Identiques aux articles 2, 3, 5 de l'ordonnance de l'an IX.

» Art. 7. Pendant le même intervalle de temps, les denrées à destinations particulières de commerce, bien constatées, devront être enlevées, *sauf lotissage s'il y a lieu* ; et celles exposées en vente seront examinées par les acheteurs. »

Les articles 10, 11, 12, 44 et 25 reproduisent les dispositions des articles 10, 11, 12, 13 et 23 de l'ordonnance du 14 thermidor an IX. Par l'article 14, « il est défendu aux marchands forains d'emmagasiner dans Paris les denrées qu'ils auront apportées, et à toutes personnes de les recevoir en dépôt ou magasin. »

² Ordonnance du 4 décembre 1819. — Cette ordonnance n'est que la reproduction à peu près textuelle de la précédente.

³ Ordonnance du 20 octobre 1825. — Cette ordonnance est la reproduction des deux précédentes ; les mêmes prohibitions sont renouvelées dans les articles 5, 6, 10, 11, 12, 14, 15, 25 et 38.

l'esprit de spéculation se portait jusque sur les denrées, il fallait rendre la spéculation impossible. Pour cela, les moyens étaient indiqués : il suffisait d'interdire aux revendeurs de Paris d'acheter à l'avance aux producteurs, et d'ordonner que tous les fruits et légumes fussent vendus publiquement, dans la halle, et à la criée. On supprimait ainsi des intermédiaires inutiles, dont l'intervention intéressée retombait en définitive sur le consommateur, on assurait la vente des denrées à leur prix réel, et non à ces prix arbitraires que le revendeur en gros pouvait élever plus ou moins, à son gré, selon qu'il redoutait plus ou moins la concurrence; enfin, en prescrivant la vente publique des denrées, on mettait à l'abri des entreprises de l'intérêt privé l'approvisionnement de Paris.

Tel a été le but et tel est l'esprit de l'ordonnance du 18 mai 1855. Elle supprime les destinations particulières, c'est-à-dire l'industrie des commissionnaires ou revendeurs qui achetaient à l'avance au producteur forain ¹. Elle rend obligatoire la vente sur le marché, et à la criée, de tous les fruits et légumes destinés à l'approvisionnement de Paris. Elle substitue aux revendeurs en gros deux agents de service public, deux facteurs,

¹ Rapport du Préfet de police au Conseil municipal : « Dans l'état actuel des choses, et en l'absence d'agents responsables, les expéditeurs sont obligés de s'adresser à une classe d'industriels que les circonstances ont fait naître, qui prennent indûment le titre de facteurs, et qui, pour la plupart, sont loin de répondre à la confiance de leurs commettants. Il leur est d'autant plus facile de tromper les approvisionneurs dont ils ont en mains les intérêts, que l'inspecteur général des marchés n'a sur eux aucune action, et ne peut exercer aucun contrôle sur leurs opérations. Sauf quelques rares exceptions, ces prétendus facteurs, recrutés parmi des marchands qui ont fait de mauvaises affaires, ou parmi d'anciens porteurs des halles, ne présentent aucune garantie, et l'on cite des approvisionneurs que ces intermédiaires officieux ont entièrement dépouillés du produit de la vente de marchandises.....

» Quant aux commissionnaires actuels, en supposant que la nouvelle organisation ne fasse pas disparaître immédiatement leur industrie, ils ne pourront vendre qu'à la criée et par le ministère des facteurs. Cette obligation ne manquera pas, il faut s'y attendre, de susciter quelques réclamations de leur part; mais, outre que leur industrie est contraire à tous les principes appliqués sur les marchés d'approvisionnement où des facteurs ont été institués, les commissionnaires ont toujours été une cause de désordre sur les marchés, et la conduite du plus grand nombre de ceux qui se sont établis sur le carreau des Innocents ne peut que décider l'administration à les éliminer autant que possible des opérations qui s'y traitent et qu'il importe de régulariser. »

qui n'auront droit, pour la vente dont ils sont les intermédiaires, qu'à une commission de 2 p. 100, plus un droit de 2 p. 100 dû à la ville pour la location du carreau et le plaçage des denrées.

Si cet esprit de l'ordonnance de 1855 pouvait être un instant douteux, en présence des circonstances dans lesquelles elle est intervenue, toute ombre de doute s'effacerait devant les documents dans lesquels l'administration déterminait elle-même la portée de son œuvre. Dans son rapport adressé au conseil municipal, le Préfet de police s'exprimait ainsi :

« Quant aux commissionnaires actuels, en supposant que la nouvelle organisation ne fasse pas disparaître immédiatement leur industrie, ils ne pourront vendre qu'à la criée et par le ministère des facteurs. »

Si la même proposition ne se trouve pas aussi nettement formulée dans le texte même de l'ordonnance, c'est uniquement parce qu'on s'est attaché à reproduire, autant que cela était possible avec l'esprit nouveau, le texte même et la série des articles des règlements antérieurs; mais le but de l'ordonnance nouvelle se révèle clairement dans son article 1^{er}, qui prescrit l'apport au marché des Innocents de toutes les denrées destinées à ce marché; dans son article 2, qui n'excepte de cette règle générale que les fruits et légumes accompagnés par le producteur, et qui supprime ainsi l'autre exception, admise par les ordonnances antérieures, pour les denrées achetées d'avance par les commissionnaires et expédiées pour leur compte ¹.

III.

Ici se placent les faits incriminés par la prévention.

L'ordonnance fut d'abord comprise dans le sens que nous ve-

¹ Ordonnance du 18 mai 1855 :

« Art. 1^{er}. A partir du 1^{er} juin prochain, les fruits et légumes de toutes sortes expédiés sur le marché des Innocents par la voie des chemins de fer, messageries, courriers ou autres, et qui ne seront pas accompagnés par les producteurs, seront vendus à la criée par les facteurs commis à cet effet, et contrôlés par les agents de service des halles et marchés.

» Art. 2. Les producteurs accompagnant leurs denrées continueront à jouir seuls, comme par le passé, du droit de les vendre à l'amiable; mais s'ils veulent les vendre à la criée, ils ne pourront le faire que par le ministère des facteurs.

» Art. 5. Toutes les denrées destinées au marché des Innocents devront y être conduites directement; elles ne pourront, sous aucun prétexte, être détournées de leur destination pour être déposées ou vendues ailleurs. »

nous d'indiquer, et les commissionnaires se résignèrent à n'exercer leur industrie que par l'intermédiaire des facteurs publics, et à offrir leurs denrées à la criée; mais ils trouvèrent bientôt que les bénéfices n'étaient plus assez considérables ¹, et cessant d'exécuter la loi, ils reçurent directement les fruits à eux expédiés par les producteurs forains, et les vendirent à des prix plus avantageux pour eux et plus onéreux pour le consommateur.

Quelques-uns d'entre eux faisaient plus, et à côté du marché public ils avaient organisé, à leur profit personnel, de véritables marchés particuliers qui lui faisaient concurrence. C'est ainsi que les frères Lesage avaient établi, rue Salle-au-Comte, tout près du marché des Innocents, de vastes magasins où chaque jour ils recevaient, par les différents chemins de fer et de tous les points de la France, d'énormes quantités de légumes et de fruits; au rez-de-chaussée étaient des écuries où remisaient les voitures qui avaient apporté les denrées; — au premier étage étaient les salles où les denrées étaient exposées, où se pressaient les revendeurs en détail, et où le chiffre des affaires était de 1,000 à 1,200 francs par jour ². Leur industrie comprenait trois sortes d'opérations différentes :

1° Ils recevaient directement, et revendaient pour leur compte des denrées par eux achetées à l'avance aux producteurs.

2° Ils recevaient directement, et revendaient pour le compte des producteurs, et moyennant un droit de commission, des denrées qui ne leur étaient expédiées qu'à titre de consignation.

3° Ils recevaient dans leurs magasins, comme dans des entrepôts et moyennant un droit de commission des denrées qui étaient accompagnées par le producteur, et que celui-ci vendait pour son compte à un revendeur.

Telle était cette industrie, exercée sur une grande échelle, et constituant une véritable concurrence au marché des Innocents.

¹ Procès-verbal du 13 juillet 1855 contre la femme Harault : « Elle a ajouté qu'autrefois ses marchandises étaient vendues par elle sur le carreau; que depuis l'installation de la vente à la criée elle avait essayé de continuer à les y faire vendre; mais qu'elle avait été forcée de cesser parce qu'elle avait beaucoup perdu sur les prix de vente. »

Procès-verbal du même jour, contre le sieur Radigue. — Même déclaration.

² Procès-verbal du 17 juillet 1855.

Le sort de l'ordonnance était compromis ; la baisse sur le prix des fruits et légumes, un moment obtenue par l'observation du règlement, avait disparu ; les producteurs, attirés par l'appât d'un prix plus élevé, préféraient la vente par ces intermédiaires à la vente publique à la criée. Des poursuites étaient nécessaires, elles furent dirigées.

Il est inutile de reproduire ici les incidents successifs de la procédure ; il suffit de dire que les prévenus, condamnés par le tribunal de police pour contravention aux règlements sur les marchés¹, furent acquittés, sur deux des trois chefs, par le tribunal d'appel² ; que le pourvoi du ministère public contre ce jugement fut admis par la Cour suprême³, et que le tribunal de renvoi rendit une décision conforme, sinon par les motifs, au moins par le dispositif, au jugement du tribunal de première instance de la Seine⁴ ; c'est par le pourvoi dirigé contre ce dernier jugement que les chambres réunies de la Cour de cassation sont en ce moment saisies de la question.

IV.

Une des branches de la question, telle qu'elle résultait des faits incriminés, est aujourd'hui souverainement résolue, et doit être immédiatement écartée : c'est celle qui se rattache à la troisième opération industrielle indiquée plus haut, la réception en entrepôt, moyennant un droit de courtage, de denrées amenées par le producteur, qui les revendait lui-même.

En effet cette espèce d'opérations, qui ferait des magasins des commissionnaires en denrées de véritables marchés et les constituerait en concurrence avec les marchés légalement établis, est prévue et prohibée par les articles 13 de l'ordonnance du 14 thermidor an IX et 14 de l'ordonnance du 31 octobre 1825⁵. Aussi le jugement même qui, sur les deux autres chefs, renvoyait les prévenus des fins de la poursuite, les con-

¹ Jugement du tribunal de police de la Seine, du 28 mai 1856.

² Jugement du tribunal de police correctionnelle de la Seine, du 6 août 1856.

³ Arrêt de cassation du 16 avril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 230).

⁴ Jugement du tribunal correctionnel de Versailles, du 8 juillet 1857.

⁵ Ordonnance du 14 thermidor an IX, art. 13 : « Il est défendu aux marchands forains d'emmagasiner dans Paris les denrées qu'ils auront amenées. »

Ordonnance du 31 octobre 1825, art. 14 : « Il est défendu aux marchands forains d'emmagasiner dans Paris les denrées qu'ils auront amenées, et à toute personne de les recevoir en dépôt ou magasin. »

damnait de ce chef; le pourvoi par eux dirigé contre cette partie du jugement se fondait principalement sur le motif que cette contravention n'avait pas été expressément relevée dans la citation introductive d'instance, et l'arrêt de la Cour de cassation, qui rejette ce pourvoi, se fonde à la fois sur la généralité des termes de cette citation, et sur la non-abrogation des ordonnances de l'an IX et de 1825¹.

Il est donc souverainement jugé que les producteurs de fruits et légumes accompagnant leurs denrées, ne peuvent les porter dans les magasins des commissionnaires et les y revendre. Ils doivent les porter et les vendre au marché.

V.

Les deux questions qu'il reste encore à résoudre, relatives aux deux premières opérations industrielles indiquées plus haut, consistent donc à savoir si des commissionnaires peuvent recevoir directement, des producteurs forains, des fruits et légumes, soit comme consignataires, et c'est la première question, soit comme acquéreurs, et c'est la seconde. Dans le cas où l'une de ces questions serait affirmativement résolue s'élève la question subsidiaire de savoir si les denrées soustraites à l'obligation de la vente au marché public ne doivent pas au moins passer sur ce marché pour y subir l'examen des préposés. Ces trois questions constituent la difficulté en ce moment soumise à la Cour de cassation. Sans avoir la prétention de les résoudre, nous voudrions présenter, sur chacune d'elles, quelques rapides observations.

§ 1. — Des commissionnaires en denrées peuvent-ils recevoir, comme consignataires, des fruits et légumes, et les revendre pour le compte des expéditeurs ?

En fait, cette industrie existe; elle a un certain développement, elle se défend contre la prévention en soutenant, d'abord qu'aucun texte prohibitif ne lui est applicable, en second lieu que cette prohibition, si elle existait, ne serait pas légale.

1° *Existe-t-il un texte prohibitif?* Il en existe plusieurs, car cette industrie, qui tarit la source des marchés d'approvisionnement, a toujours été condamnée.

C'est d'abord l'article 5 de l'ordonnance du 25 juin 1757, cité plus haut, et qui défend « aux fruitiers-orangers de former au-

¹ Voir Dalloz. 1857. 1, 230.

cune association avec les marchands forains et de leur servir de facteurs ou commissionnaires. »

Ce texte est bien formel; qu'a-t-on dit pour en repousser l'application? — Qu'il ne s'agit que des fruitiers-orangers, et non des fruitiers en général? Mais on sait que c'est sous cette désignation, qui n'a rien de restrictif, qu'était connue et privilégiée la corporation des fruitiers, et l'on en trouve la preuve dans l'énumération qui suit l'édit d'août 1776. — Qu'il ne s'agit, comme l'ont pensé les juges de renvoi¹, que des fruitiers qui font en même temps le commerce des œufs et du fromage? mais cette interprétation restrictive est repoussée par les termes si formels et si larges de l'article 5, que nous venons de rappeler. — Que la prohibition ne s'applique qu'aux producteurs domiciliés dans un rayon voisin de Paris, « aux marchands forains, quittant le lieu qu'ils habitent pour venir apporter eux-mêmes leurs denrées dans la capitale²? » Mais qui ne voit que cette définition de Denisart ne contient que la constatation des faits tels qu'ils se produisaient alors, et nullement la détermination de deux éléments nécessaires pour constituer la qualité du marchand forain, à savoir le domicile dans un rayon rapproché, et le déplacement pour apporter soi-même sa marchandise? et qui ne comprend que de nos jours, quand la France entière concourt à l'approvisionnement de Paris, que les chemins de fer ont rendu facile le transport des denrées, et que l'organisation régulière des marchés a rendu inutile le déplacement du producteur, cette définition ancienne, qui n'a jamais été limitative, ne peut être opposée comme une barrière à l'envahissement des faits nouveaux, et que le mot de marchand forain n'a pas d'autre sens que celui de producteur ou expéditeur?

Ainsi, il existe un premier texte, non tombé en désuétude, rappelé au contraire par les textes postérieurs, applicable à tous les producteurs forains, c'est-à-dire non domiciliés dans la ville. Mais ce texte n'est pas le seul; et la même prohibition se retrouve dans la délibération du 26 mai 1791, intervenue trois mois après la loi qui proclame la liberté de l'industrie; cette délibération n'excepte de la vente sur le carreau des halles que les denrées expédiées *pour le compte* des marchands do-

¹ Voir le jugement du tribunal de Versailles, du 18 juillet 1857.

² *Ibid.*

miciliés. Que faut-il entendre par ces mots : denrées expédiées pour le compte des marchands ? On a soutenu, et le tribunal de renvoi a admis cette thèse, qu'il faut considérer comme expédiées *pour le compte des marchands*, et par conséquent à destination particulière, les denrées qu'ils reçoivent en consignation aussi bien que les denrées par eux achetées à l'avance. Cette opinion nous semble inexacte. Il faut d'abord remarquer que ces deux expressions, dont l'une est plus claire que l'autre, ne sont que la traduction d'une même idée ; il faut avoir sous les yeux le texte même de la loi « rien ne peut empêcher que les voitures expédiées pour le compte des marchands soient conduites à leurs destinations particulières » et l'on arrivera à cette conclusion, que les ordonnances de l'an IX, de 1817, de 1819 et de 1825, qui reproduisent invariablement le mot « destinations particulières » le reproduisent avec le sens qu'y attachait le texte primitif, la délibération de 1791¹. Il n'y a donc de denrées à destinations particulières, que celles qui sont pour le compte des marchands domiciliés ; et une denrée n'est pour le compte d'un marchand que quand elle est à ses risques et périls, qu'elle est expédiée, reçue, exposée et revendue pour lui. Ainsi, dans les règlements postérieurs comme dans celui de 1791, il ne faut considérer comme denrées à destinations particulières que celles qui ont été vendues au lieu même de la production et qui portent sur les lettres de voitures le nom du destinataire, c'est-à-dire de l'acquéreur : d'où la conséquence que des commissionnaires ne peuvent recevoir des denrées à titre de consignation. Peu importe que le contrat qui intervient entre eux et les producteurs soit, comme on le faisait remarquer, le contrat commercial de commission et non le contrat de mandat énoncé dans l'arrêt de cassation, et qu'ainsi les revendeurs puissent ou non avoir plus de droits que les expéditeurs ; la loi est formelle, et ne considère comme fruits et légumes à destinations particulières, dispensés de la vente sur le carreau, que ceux qui ne viennent pas chercher un acheteur à Paris, et l'ont trouvé au lieu même de leur production.

Enfin ces dispositions de l'ordonnance de 1757 et de la délibération de 1791 se trouvent confirmées par les ordonnances du 14 thermidor an IX, articles 13 et 22, du 4 décembre 1819,

¹ Voir ces textes, cités plus haut.

articles 14 et 25, et du 31 octobre 1825, articles 14 et 38, qui reproduisent la prohibition de recevoir en dépôt dans Paris les denrées amenées par les forains et de s'associer avec eux.

2° *Ces textes sont-ils obligatoires ?* — Non, a-t-on dit, car ce serait la suppression de la liberté de l'industrie et du commerce, qui consiste à acheter et à vendre à son gré, directement ou indirectement; ce serait la négation du contrat de commission, reconnu par nos lois commerciales¹.

La liberté de l'industrie, c'est la suppression des corporations privilégiées, c'est le droit pour chacun d'embrasser la profession qui lui convient, mais c'est en même temps l'obligation pour tous d'observer les règlements qui sont imposés, dans l'intérêt général, à l'exercice des professions. Et quand il s'agit d'une industrie qui a pour objet les premiers besoins de la vie humaine, c'est un droit plus incontestable encore pour l'administration de protéger les intérêts publics qui peuvent se trouver engagés dans les spéculations privées, et c'est un devoir plus impérieux pour le commerçant de reconnaître les conditions légitimes qui sont imposées à l'exercice de son industrie. C'est ainsi que des obligations spéciales sont imposées aux bouchers et boulangers, obligations qui ne pourraient légitimement être appliquées aux commerçants en général; mais eux doivent s'y soumettre, parce qu'ainsi le veut la nature de leur industrie, et qu'ainsi l'exige l'existence même de la cité.

Aussi la jurisprudence, sur la légalité des règlements restrictifs de la liberté de vente des denrées alimentaires, est-elle parfaitement établie; et les monuments de cette jurisprudence sont trop nombreux pour qu'il soit nécessaire d'en rappeler quelques-uns ou possible de les énumérer tous².

Dira-t-on encore que les textes invoqués et notamment l'ordonnance de 1757, ne sont plus en vigueur? Mais il est de principe que les règlements relatifs à la tenue et à l'approvisionnement des marchés doivent être exécutés jusqu'à ce qu'ils aient été abrogés, ou explicitement par la disposition formelle d'un arrêté postérieur ou implicitement par des règlements nouveaux

¹ Voir, dans *le Droit* des 6 et 7 juillet 1857, la plaidoirie de M^e Dufaure.

² Voir notamment les arrêts de cassation des 6 janvier 1827, 25 mars 1830, 15 juillet 1830, 8 septembre 1837, 12 juillet 1838, 19 juin 1840, 18 juillet 1840, 23 avril 1841, 30 août et 13 décembre 1844, 13 mai 1841, 17 décembre 1841, 12 mai 1843, 25 septembre 1847, etc.

inconciliables¹ ; et cette ordonnance, loin d'avoir jamais été abrogée, a été reproduite par les textes plus récents, et expressément visée dans le préambule de l'ordonnance de 1819.

C'est donc, ce semble, par une exacte application de textes en vigueur et par une juste application des principes qui règlent la matière des approvisionnements, que la Cour de cassation, par son arrêt du 16 avril 1857, a refusé aux commissionnaires en denrées le droit de recevoir ces denrées directement dans leurs magasins, à titre de consignataires, et de les y revendre pour le compte des expéditeurs.

§ 2. — Les commissionnaires ont-ils le droit d'acheter directement et à l'avance les fruits et légumes aux producteurs, ou, au contraire, ne peuvent-ils les acheter que sur le carreau des halles, à la criée ?

Ici encore, il faut examiner successivement l'existence même, puis la légalité des dispositions prohibitives.

1° Il est certain qu'avant 1855 les commissionnaires avaient le droit d'acheter les fruits et légumes sur les lieux de la production ; ces achats préalables constituaient les destinations particulières exceptées par les ordonnances de la vente sur le carreau.

Il nous semble également certain que depuis l'ordonnance du 18 mai 1855 ils n'ont plus ce droit : le but du législateur ayant été de produire une économie pour le consommateur, et le moyen employé par lui consistant dans la suppression de ces intermédiaires inutiles et leur remplacement par deux agents choisis par l'administration². L'ordonnance porte-t-elle, dans son texte même, la suppression de l'industrie des commissionnaires ? Oui, car, après avoir posé le principe de la vente à la criée sur le carreau des halles, elle n'admet pas l'exception pour les destinations particulières consacrées par toutes les ordonnances antérieures qu'elle reproduisait en d'autres points.

Ainsi seulement, en effet, l'administration peut réaliser le bon marché, tandis que les commissionnaires, achetant aux producteurs à des prix élevés et revendant à des prix plus élevés encore, faisaient la cherté, comme cela résulte de leurs aveux ; ainsi seulement elle peut assurer l'approvisionnement de Paris, qui autrement serait incertain.

¹ Cassation, 19 avril 1834 ; V. Dalloz, *v° Commune*, nos 702 et 1101.

² Voir, plus haut, le rapport du Préfet de police à la commission municipale.

Dira-t-on, avec le jugement de Versailles, que l'ordonnance de 1855 ne statue pas sur les fruits et légumes en général, mais seulement sur les fruits et les légumes destinés par les producteurs forains au marché des Innocents, et qu'ainsi l'industrie des commissionnaires subsiste avec la faculté des destinations particulières ? Ce serait méconnaître le texte de la loi aussi bien que son esprit. Les ordonnances de police de l'an IX, de 1817, de 1819, de 1825, de 1855, n'ont pas seulement pour objet les fruits et légumes que les producteurs envoient sur le marché, mais encore, comme cela résulte de leur intitulé, le commerce même des fruits et légumes ; elles ont pour but, non pas seulement la police du marché des Innocents, mais encore, comme le portent les préambules des ordonnances de 1817 et de 1819, l'approvisionnement même du marché ; elles régissent donc, non pas seulement les fruits qu'il plaît au producteur d'adresser au marché et non ailleurs, mais les denrées qui par leur nature sont, comme le portent les articles des diverses ordonnances, destinées au marché des Innocents et non à un autre marché. En un mot, de la lecture des articles 1 et 2 des ordonnances, il résulte pour tout esprit non prévenu que le marché des Innocents est spécialement et exclusivement affecté au commerce des fruits et légumes, comme celui de la Vallée au commerce de la volaille et du gibier, etc., et que là seulement doivent être vendus les fruits et légumes, les destinations particulières n'étant plus admises comme elles l'étaient avant 1855.

Dira-t-on encore ¹ que la vente à la criée est une innovation utile si elle est facultative, mauvaise si elle est obligatoire ? C'est faire le procès à la loi elle-même, et non en combattre l'interprétation. Dira-t-on enfin ² que l'industrie des commissionnaires en denrées est profitable au consommateur, à qui les denrées sont livrées à bas prix ; avantageux même à l'approvisionnement de la cité, par les relations nouvelles qu'ils créent chaque jour et qui appellent à Paris des marchandises destinées sans eux à être consommées sur les lieux de la production ? C'est encore faire le procès à la loi, et par des considérations inexactes. Les revendeurs ne peuvent faire le bon marché, et ils l'ont reconnu eux-mêmes ³. Quant aux relations créées par

¹ Voir la plaidoirie de M^r Dufaure, *Droit des 6 et 7 juillet 1857*.

² *Ibid.*

³ Voir les procès-verbaux cités plus haut.

eux, elles ont pour mesure les besoins de la consommation parisienne, et ces besoins auraient d'eux-mêmes appelé à Paris les denrées nécessaires, par l'effet de cet équilibre qui s'établit inévitablement entre l'appel de la consommation et les offres des producteurs; et si la France tout entière contribue aujourd'hui à nourrir Paris, ce n'est pas aux commissionnaires qu'il faut en rendre grâces, mais aux chemins de fer qui en quelques heures apportent dans la capitale, à peu de frais, les denrées produites sur les points les plus reculés du pays.

2° Si ce système existe en fait, est-il légitime en droit? On s'est fondé, pour le contester, sur un arrêt de cassation du 12 juillet 1849¹, qui déclare illégal l'arrêté qui défend aux marchands domiciliés de vendre dans leurs boutiques pendant les heures de marché, et leur prescrit de se transporter au marché pour y faire leurs ventes. Mais cet arrêt restreignait la liberté des commerçants domiciliés et patentés, sans se justifier par la nécessité d'assurer les approvisionnements; il ne réglait pas en effet l'achat aux producteurs forains, mais seulement le mode de revente aux consommateurs; et l'arrêt de cassation qui déclare cette mesure illégale, se fonde sur ce qu'elle n'était pas nécessaire à l'accomplissement des obligations de l'administration envers les citoyens. Il n'y a donc aucune induction à tirer de cet arrêt contre la légitimité de l'ordonnance du 18 mai 1855.

Au contraire, de nombreux arrêts proclament le droit de l'autorité municipale d'ordonner l'apport des denrées, en totalité, sur les marchés publics; afin, disent ces arrêts, d'assurer la subsistance des citoyens², de faciliter une surveillance qui autrement serait impossible³, de protéger les habitants, qui autrement seraient exposés, ou à ne pouvoir pas facilement subvenir à leur approvisionnement, ou à subir le prix auquel les revendeurs élèveraient les denrées⁴; de mettre les consommateurs en rapport direct avec ceux qui du dehors apportent des denrées, et de les garantir contre les manœuvres des revendeurs et le renchérissement opéré par ces manœuvres⁵;

¹ Dalloz, 1849, 1, 205.

² Cassation, 3 mai 1811.

³ Cassation, 24 février 1820. — Voir aussi Cassation, 12 novembre 1830.

⁴ Cassation, 12 avril 1834.

⁵ Cassation, 19 juin 1840.

d'assurer l'approvisionnement du marché, en empêchant que les fruits introduits comme objet de trafic, puissent n'être pas exposés en vente sur la place destinée à les recevoir, et en prohibant à cet effet les achats préalables même faits en dehors de la ville¹; et enfin de garantir par l'apport sur le marché de toutes les denrées destinées à l'approvisionnement de la ville, l'exécution des obligations imposées par la loi à l'autorité municipale². La même doctrine se trouve expressément consacrée par un vote de la chambre des députés du 4 juin 1842³.

¹ Cassation, 13 décembre 1844.

² Cassation, 6 mars 1857.

³ Dans le rapport dont la Chambre a adopté les conclusions, il s'agissait d'apprécier la validité d'un arrêté qui prescrivait l'apport au marché de toutes les denrées destinées à l'approvisionnement de Quimper. On lit dans le rapport les phrases suivantes :

« L'autorité municipale est chargée d'assurer le maintien du bon ordre dans les marchés; de veiller à la fidélité dans le débit et à la salubrité des comestibles exposés en vente; elle doit ensuite s'assurer que les marchés seront convenablement approvisionnés; la tranquillité publique y est intéressée. Comment satisfaire à ces devoirs, s'il n'y a pas un lieu spécialement affecté à la vente de chaque nature de denrées; si, quand le lieu de la vente est désigné par un règlement de police, on peut vendre et acheter partout ailleurs.....; si l'armée des revendeurs peut se porter à toutes les issues de la ville, pour intercepter les denrées nécessaires à la subsistance des habitants, exposant ceux-ci à tous les inconvénients que peut entraîner le manque ou la cherté des objets de première nécessité? Comment la police pourra-t-elle s'assurer de la fidélité des ventes, de la qualité des objets vendus pour la consommation, si ces objets, détournés de leur destination, n'apparaissent pas à la vue, et si les agents de la police locale n'ont pas les moyens de les visiter et d'en vérifier la nature et le poids? Ces dispositions de sage prévoyance sont aussi des sources de revenus.....

» Le commerce a ses règles et ses immunités; il faut les respecter. Mais est-ce donc les enfreindre que d'empêcher des spéculations contraires aux intérêts du pauvre comme aux intérêts du riche, et les marchés qui pourraient se conclure en dehors de toute surveillance et des lieux destinés à la vente?.... Pourquoi l'autorité municipale ne pourrait-elle pas indiquer les points où chaque denrée sera apportée pour y être vendue sous sa surveillance et son utile inspection, lorsque l'hygiène publique, la tranquillité des citoyens que des accaparements peuvent compromettre, lorsque les besoins de toutes les classes de la société commandent des mesures que la loi ne défend pas et que la jurisprudence autorise? Pour que le commerce soit réputé libre, est-il donc nécessaire que quelques individus aient le droit de tout acheter, de tout enlever avant que les habitants de la cité soient pourvus de ce qui leur est nécessaire?..... Quelle serait d'ailleurs l'utilité des marchés, des halles que l'on construit à grands frais, si la fréquentation en restait facultative? L'action de l'administration municipale ne serait plus qu'un

Enfin elle résulte, par un argument *à fortiori*, de la jurisprudence qui valide les arrêtés défendant aux revendeurs de se présenter sur les marchés avant l'expiration d'une certaine heure pendant laquelle les consommateurs sont seuls admis à y faire leurs provisions¹; à plus forte raison l'administration a-t-elle le droit de leur interdire les achats préalables au dehors qui tarissent dans ses sources mêmes l'approvisionnement de la cité.

Sur cette seconde question, il est donc permis de penser, avec le jugement de police de Paris du 28 mai 1856, que les commissionnaires n'ont plus, depuis l'ordonnance du 18 mai 1855, la faculté de faire au dehors les achats des fruits et légumes destinés à l'approvisionnement de Paris, et que tous ces fruits et légumes doivent désormais passer par le carreau des halles pour y subir la concurrence de la criée.

Toutefois la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 avril 1857, a refusé implicitement d'admettre cette conséquence de l'ordonnance du 18 mai 1855; il se présente donc une troisième question, qui est de savoir si les fruits et légumes non assujettis à l'obligation de la vente à la criée ne doivent pas néanmoins traverser le carreau des halles pour y subir l'examen des préposés; la même question se présenterait pour les fruits et légumes reçus par les commissionnaires à titre de consignation, dans le cas où la validité de ce genre d'opérations serait admise.

§ 3. — Les fruits et légumes non assujettis à la vente sur le carreau des halles ne doivent-ils pas au moins passer par le marché pour y subir l'examen des préposés?

1° L'affirmative sur cette dernière question paraît toute simple; elle résulte des textes les plus positifs, et notamment des articles 7 de l'ordonnance du 14 thermidor an IX et 6 de

vain mot, si on la réduisait à interdire les rassemblements qui gêneraient la voie publique; si, sous le prétexte de ne pas gêner la liberté du commerce, qui ne doit pas dégénérer en licence, on lui refusait le droit de prendre ses mesures pour l'approvisionnement des marchés; Dieu sait tout ce qui pourrait en advenir pour la tranquillité publique! »

Voir ce rapport entier dans Dalloz, v° *Commune*, n° 1129, en note.

¹ Cassation, 6 mars 1824, 5 décembre 1833, 19 juin et 18 juillet 1840, 23 avril 1841, etc.

l'ordonnance du 4 décembre 1819¹, d'après lesquels les denrées à destinations particulières doivent être apportées sur le carreau pour que cette destination particulière soit bien constatée et qu'elles soient examinées, et soumises au lotissage s'il y a lieu.

Cependant, ici encore, le tribunal de renvoi a admis l'opinion contraire. Sur quelles raisons s'est-il fondé? Sur deux raisons principales : la première, que les textes que nous venons d'indiquer ne créent pas, en droit, l'obligation d'apporter toutes les denrées au marché pour les y faire au moins vérifier, mais supposent, en fait, l'arrivée et le déchargement au marché de voitures contenant à la fois des denrées destinées à la halle et des denrées à destinations particulières, et se bornent à prescrire l'enlèvement de celles-ci ; la seconde, que cet enlèvement devant avoir lieu, d'après ces articles, pendant l'heure destinée à l'examen des denrées exposées en vente, peut avoir lieu à un instant quelconque de cette heure et par conséquent sans examen.

Cette interprétation nous semble erronée. Quand les ordonnances de l'an ix et de 1819, et après elles celle de 1825, mentionnent l'apport au marché des denrées qui ne doivent pas y être vendues, elles se réfèrent à l'ordonnance de 1778, dont l'article 1^{er}, cité plus haut, prescrit l'apport au marché de tous les fruits pour y être visités, et vendus s'il y a lieu ; elles ne supposent donc pas un fait accidentel, mais l'accomplissement d'une obligation. Quand elles exigent qu'avant l'enlèvement la destination particulière soit bien constatée, et que les denrées à ces destinations particulières soient soumises au lotissage s'il y a lieu, elles révèlent plus clairement encore les motifs de l'obligation qui pèse sur la totalité des denrées. Est-il vrai maintenant que ces denrées, dont, en tout cas, l'apport au

¹ Ordonnance du 14 thermidor an IX :

« Art. 6. Pendant la première heure du marché, les préposés de la préfecture feront la vérification des denrées exposées en vente.

» Art. 7. Pendant le même intervalle, les denrées à destinations particulières, *bien constatées*, devront être enlevées ; et celles exposées en vente seront examinées par les acheteurs. »

Ordonnance du 4 décembre 1819, art. 6 : « Pendant le même intervalle de temps, les denrées à destinations particulières de commerce, *bien constatées*, devront être enlevées, *sauf lotissage, s'il y a lieu* ; et celles exposées en vente seront examinées par les acheteurs. »

marché est nécessaire pour la constatation de leur destination spéciale et la chance chaque jour plus rare du lotissage, ne soient pas de plus soumises à l'examen des préposés chargés d'en vérifier la salubrité? Nous ignorons ce qui se passe en fait, et nous voyons dans l'ordonnance de l'an ix que l'article 6 mentionne seulement l'examen des marchandises exposées en vente; mais nous ne pouvons considérer ce texte purement énonciatif comme une renonciation de l'autorité à l'accomplissement d'une des obligations qui lui sont imposées par la loi de 1790; le jour où un préposé voudrait vérifier la salubrité des denrées à destinations particulières, personne assurément n'aurait le droit de s'en plaindre; et si les ordonnances exigent l'enlèvement de ces denrées dans le cours de la première heure, cet enlèvement ne pourra évidemment s'opérer qu'au fur et à mesure que pour chacune d'elles auront eu lieu la constatation de la destination spéciale, la vérification si les agents croient devoir la faire, et enfin, dans le cas où cette nécessité se produirait encore, la chance du lotissage.

On voudrait faire considérer comme impossible, en fait, la vérification de tous les fruits et légumes par les préposés. Si l'on faisait cette preuve, on n'aurait détruit qu'un seul des motifs pour lesquels les ordonnances devaient ordonner, et ordonnent en effet, l'apport des fruits sur le carreau des halles; et l'on n'aurait, ni détruit les autres motifs du législateur, ni effacé le texte même de la loi. Mais cette preuve même n'est pas faite; et nous ne comprenons guère comment l'examen des fruits et légumes serait impossible, quand des règlements exécutés chaque jour prescrivent l'examen et la vérification de tant d'autres comestibles, comme la volaille et le gibier¹, le beurre, les œufs et les fromages², les huîtres³, les poissons d'eau douce⁴, etc.

2° Quant à la légalité même des dispositions qui prescrivent l'apport au marché, pour y être constatées et visitées, des denrées même à destinations particulières, elle ne peut être sérieusement contestée; elle ne l'est pas pour les comestibles divers

¹ Ordonnance du 13 mars 1804, art. 7, 8, 12.

² Ordonnances du 29 janvier 1806, art. 8, 12, 22; du 18 juin 1823, art. 4, 6, 8, 10, 18, 19, 20.

³ Ordonnance du 3 février 1845, art. 5, 8, 9, 13.

⁴ Ordonnance du 1^{er} décembre 1814, art. 2, 3, 5, 7, 8.

que nous venons d'indiquer, et ne pourrait l'être pour les fruits et légumes avec plus de succès.

Aussi la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 avril 1857, en admettant, même sous l'empire de l'ordonnance de 1855, la faculté des destinations particulières, a-t-elle maintenu l'obligation, pour la totalité des denrées, de l'apport préalable sur le carreau des Innocents.

VI.

Telles sont les questions en ce moment soumises à l'examen de la Cour de cassation. Elles intéressent à la fois l'approvisionnement de Paris, les revenus de la ville, l'intérêt des consommateurs, l'existence d'une industrie aujourd'hui considérable; elles mettent en jeu le pouvoir réglementaire de l'autorité municipale, et l'existence actuelle des ordonnances antérieures à 1789; à tous ces points de vue, elles méritent de fixer l'attention des jurisconsultes.

Pour nous, nous n'avons pas eu la pensée de les résoudre, mais seulement l'intention d'en rappeler les éléments. Ce point toutefois nous semble au-dessus de toute controverse, que le principe du libre exercice des professions doit s'incliner devant le principe supérieur de l'intérêt public, et que le préfet de police puise dans ses attributions le droit de prendre toutes les mesures qui sont indispensables à l'accomplissement des obligations de l'administration envers les citoyens, et propres à assurer la salubrité des denrées, la fidélité de leur débit, leur bon marché si faire se peut, et la subsistance même de la cité.

GEORGE GENREAU.

DES CAUSES DE NULLITÉ DES TRANSACTIONS.

(C. Nap., art. 2052-2058.)

Par M. A. MUGNIER, agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

L'interprétation des articles 2052 à 2058 Code Napoléon, soulève de sérieuses difficultés que les travaux de la doctrine ne nous paraissent pas avoir complètement aplanies. Pour jeter quelque jour sur ce point délicat, il convient de faire, entre les diverses causes de nullité des transactions, des distinctions que le Code n'a peut-être pas suffisamment précisées, et de rattacher les dispositions des articles cités aux principes dont elles découlent, sans trop s'arrêter aux termes, parfois inexacts, dont s'est servi le législateur.

Dans quelle mesure la théorie générale du titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles* (art. 1109 et suivants) doit-elle être appliquée à la matière de la transaction ?

Nulle difficulté en ce qui concerne la lésion, le dol et la violence.

Le but même de la transaction la fait échapper à la rescision pour lésion (art. 2052). Nous supposons, bien entendu, que les parties n'ont pas déguisé, sous une fausse qualification, un acte qui, ne présentant pas dans la réalité les caractères de la transaction, serait d'ailleurs rescindable pour lésion (V. art. 888).

Le dol et la violence engendrent au contraire une action en nullité régie par les principes généraux et notamment par la disposition de l'article 1304 (art. 2053).

Quant à l'erreur, il faut distinguer si elle porte sur le droit ou sur le fait :

L'erreur de droit n'exerce aucune influence sur le sort de la transaction (art. 2052), mais ce n'est pas, comme le dit l'exposé des motifs, parce que « *en général les erreurs de droit ne s'excusent pas* » et que, « *dans les jugements auxquels on assimile les transactions, de pareilles erreurs n'ont jamais été mises au nombre des motifs suffisants pour les attaquer.* » L'axiome, inexact dans sa généralité, *nemo jus ignorare censetur*, et surtout l'assimilation, si souvent fautive, de la transaction au jugement, ne suffisent pas à rendre compte d'une disposition à l'égard de laquelle il vaut mieux se borner à dire, que la transaction s'explique par l'ignorance même du droit et par l'état d'in-

certitude où se trouvent les parties, désireuses avant tout de se procurer la paix en terminant un différend dont l'issue était douteuse à leurs yeux. La transaction a donc paru, à tort ou à raison, devoir rester inattaquable, quelle que puisse être la gravité de l'erreur de droit.

Occupons-nous maintenant, avec l'article 2053, de l'erreur de fait, dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Ce que la loi appelle erreur dans la personne n'est, en cette matière; autre chose qu'une erreur sur l'objet. Ainsi, pour prendre les exemples communément donnés, qu'un héritier transige avec une personne qu'il croit à tort appelée à la même succession; qu'un créancier transige avec celui qu'il croit à tort héritier de son débiteur, etc. : il est clair que l'erreur a en même temps porté sur l'objet même de la contestation. « *Il n'y a, dit l'exposé des motifs, ni consentement ni même de contrat lorsqu'il y a erreur dans la personne. Telle serait la transaction qu'on croirait faire avec celui qui aurait qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis qu'il n'aurait aucune qualité et que le droit lui serait étranger.* » L'erreur dans la personne se trouve donc ramenée à une erreur sur l'objet; mais quel effet attribuons-nous à ce genre d'erreur prévu par l'article 2053 et atteignant soit la personne en même temps que l'objet, soit l'objet seulement? A s'en tenir aux termes de la loi (*une transaction peut être rescindée*) on appliquerait ici la théorie des articles 1110, 1117 et 1304, en soumettant la transaction à une action en nullité prescriptible par dix ans à compter de la découverte de l'erreur. Mais les principes les plus certains repoussent cette solution. Le consentement ici n'est pas seulement vicié par une erreur substantielle, telle que la prévoit l'article 1110; il n'existe même pas, et par suite, comme le disait Domat (liv. I, tit. 13, sect. I, 5) à propos de l'un des exemples que nous avons donnés, *la transaction est inutile*. Le vice du contrat, c'est le défaut de cause, et dès lors, par application de l'article 1131, la transaction est non avenue, puisque la cause, au lieu d'être seulement imparfaite, comme au cas de l'article 1110, est complètement inexistante. Il est impossible de faire fléchir ces principes devant l'argument de texte qu'on tire de l'article 2053 : mieux vaut croire à une inexactitude de rédaction qu'imputer au législateur l'oubli des règles de droit les plus élémentaires.

Les explications qui précèdent pourront faciliter l'intelligence des articles 2054, 2055, 2056 et 2057, dont nous voudrions indiquer brièvement le sens, en négligeant à dessein un grand nombre des questions qu'ils soulèvent et dont la solution découlera comme d'elle-même, des principes que nous aurons posés.

Si les termes employés par le Code à propos de l'erreur dans la personne et sur l'objet de la contestation ne doivent pas empêcher de remonter au principe de la nullité et d'en déduire les conséquences, le même examen, appliqué aux articles 2054 et suivants nous conduira à reconnaître, dans tous les cas qu'ils prévoient, l'inexistence de la cause. Que la loi ait dit : *il y a lieu à l'action en rescision* (art. 2054), ou : *la transaction est nulle* (art. 2055, 2056 et 2057); nous devrons, sans nous préoccuper de cette différence de rédaction, attacher toujours à la même nullité les mêmes effets. Il s'agit donc uniquement de rechercher s'il y a vraiment défaut de cause dans toutes les hypothèses prévues par les articles cités.

Plusieurs interprétations de l'article 2054 se sont produites dans la doctrine, sans réussir à la fixer sur le sens de cette disposition. Prenons un exemple dont l'analyse indiquera, mieux peut-être qu'une formule, les conditions d'application de l'article 2054. Supposons qu'un héritier et un légataire transigent sur un testament fait par acte public et qui se trouve être, à l'insu des deux parties, vicié par l'incapacité de l'un des témoins qui l'ont signé (art. 980), ou révoqué par un testament postérieur (art. 1035). L'article 2054 s'appliquera, de l'aveu de tous, à cette espèce : or, en pareil cas, les obligations des parties sont évidemment sans cause, comme le reconnaît explicitement Pothier, dans son traité des obligations, n° 42. « *Lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté est une cause fautive l'engagement est nul et le contrat qui le renferme est nul. Par exemple, si croyant faussement vous devoir une somme de dix mille livres qui vous avait été léguée par le testament de mon père, mais qui a été révoqué par un codicille dont je n'avais pas connaissance, je me suis engagé de vous donner un certain héritage en paiement de cette somme, ce contrat est nul, parce que la cause de mon engagement qui était l'acquittement de cette dette est une cause qui s'est trouvée fautive.* »

Peu importe, dans l'espèce que nous avons choisie, que l'incapacité du témoin ou la révocation du testament soit ignorée des deux parties, comme nous l'avons supposé, ou qu'elle le soit de l'héritier seulement : la connaissance qu'en aurait le légataire créancier et le dol qu'il commettrait en la dissimulant ne sauraient modifier la solution. Aucune distinction n'est faite à cet égard dans le passage de Pothier qui vient d'être cité.

Changeons-nous les termes de la question en admettant que la nullité du testament, au vu duquel a eu lieu la transaction, dérive de ce fait que l'un des témoins ne l'a pas signé (art. 974) : l'article 2052 écarte alors, selon nous, l'application de l'article 2054, en apportant un invincible obstacle à l'attaque qu'on voudrait diriger contre la transaction. La pensée de la loi, sujette peut-être à critique, est certainement qu'on ne puisse se prévaloir d'une erreur de droit, et c'est uniquement sur une pareille erreur que serait fondée la prétention des parties.

La nullité du titre ne peut donc être invoquée qu'autant que les contractants n'ont pas besoin de recourir à l'allégation d'une erreur de droit. J'ajoute que la nullité doit avoir été ignorée par tous deux ou du moins par celui qui en bénéficie, l'héritier dans notre espèce. Si les deux parties connaissaient la nullité, il n'y a pas de transaction : comment en effet auraient-elles pu vouloir transiger, puisqu'il n'y avait pas à leurs yeux *dubius litis eventus*? Et de même, si la nullité est ignorée du légataire seul, la connaissance qu'en a l'héritier n'est-elle pas absolument exclusive de l'intention de transiger? Concluons que la transaction ne peut se concevoir, à moins qu'elle ne porte sur la nullité du titre. En dehors de ce cas, la partie intéressée à invoquer la nullité a bien pu réaliser un acte de renonciation à ses droits ou contracter des engagements dont nous n'avons pas à examiner ici la valeur ; mais la transaction a été impossible.

Nous en avons assez dit pour indiquer le sens de l'article 2054 et préciser les limites de l'application qu'il doit recevoir. Les expressions restrictives qui terminent cette disposition n'ont rien d'embarrassant. La transaction est nulle, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité. La restriction est littéralement exacte ; car, de deux choses l'une : ou nous sommes dans l'hypothèse d'une transaction nulle, faute de cause quand elle n'a pas porté expressément sur la nullité ; ou nous sommes en dehors de cette hypothèse et alors il se peut que les

parties aient fait un acte valable, mais cet acte n'étant pas une transaction, les termes de l'article sont ceux dans lesquels pouvait et devait s'expliquer le législateur.

C'est aussi d'une nullité pour défaut de cause qu'est entachée la transaction dans le cas de l'art. 2055. Il est vrai qu'on ne peut argumenter en ce sens des mots : *entièrement nulle* ; ils n'ont trait, nous le reconnaissons, qu'à l'indivisibilité des clauses de la transaction, qui sont toutes atteintes du même coup. Mais la raison de décider se puise dans les principes mêmes. L'article 2055, il est facile de le prouver par les motifs qui nous ont déjà donné l'explication de l'article précédent, prévoit le cas où l'on a transigé sur des pièces dont la fausseté était ignorée des deux parties ou du moins de celle aux intérêts de laquelle préjudiciaient ces pièces fausses. La transaction est alors nulle comme dépourvue de cause, tandis que, si la fausseté des pièces eût été connue des deux parties ou de celle à qui elles faisaient tort, il n'y aurait pas transaction : l'acte impliquerait seulement, de la part de la personne intéressée, l'intention, réalisée ou non par un acte valable, de renoncer à se prévaloir de la fausseté des pièces.

Les mêmes principes s'appliqueront si, au lieu d'une transaction faite sur titre nul ou sur pièces fausses, nous supposons qu'on a traité sur un différend tranché par un jugement passé en force de chose jugée, ou, pour mieux dire, par un jugement contre lequel la voie de l'appel n'a jamais été ou n'est plus ouverte. Les obligations contractées par les parties transigeantes manquent alors d'une cause qui laisserait au contraire subsister la possibilité de l'appel. En l'absence de tout litige, de toute *res dubia*, la nullité ne peut être qu'absolue (art. 1131). Mais il faudra que le jugement ait été ignoré des parties ou du moins de celle qui a obtenu gain de cause (et non pas, quoi qu'en dise l'article, de l'une ou de l'autre des parties). La transaction est destituée de tout effet, puisqu'elle n'a d'autre fondement que la supposition d'une cause qui n'existe pas. — Si le jugement était connu des deux parties, elles ne peuvent avoir transigé sur des droits fixés, certains à leurs propres yeux, à moins qu'on ne reconnaisse qu'elles ont traité sur l'exécution du jugement; sinon, il ne saurait y avoir, comme au cas où le jugement est connu du gagnant et ignoré du perdant, qu'un acte de renonciation au droit d'en invoquer le bénéfice.

La découverte de pièces nouvelles enlèverait également à la transaction sa base apparente, et aux obligations des parties leur cause. Mais ce résultat ne se produit que sous les conditions déterminées par l'article 2057 : à la théorie absolue du droit romain qui maintenait dans tous les cas la transaction (l. 19 C. de *transactionibus* : *sub prætextu instrumenti post reperti, transactionem bonâ fide finitam rescindi jura non patiuntur*), le Code a substitué une distinction fort sage. Il faudra, pour que la transaction soit nulle, qu'elle ait un objet *unique* sur lequel il soit constaté par les titres nouvellement découverts que l'un des contractants *n'avait aucun droit*. Il ne suffirait pas que les nouvelles pièces vinssent confirmer ou fortifier les droits de l'un, si elles ne ruinaient pas le fondement même des prétentions de l'autre. A ces conditions, la découverte des pièces qui étaient, au jour du contrat, inconnues aux deux parties, ou du moins à celle dont elles constatent les droits, destituera la transaction de tout effet. Mais, comme nous l'avons surabondamment expliqué, il n'y aurait pas de transaction dans le cas où l'existence des pièces produites ultérieurement aurait été connue des deux parties contractantes ou seulement de celle dont les droits sont incontestables. — La transaction, au lieu d'être relative à un objet unique, était-elle au contraire générale, la découverte de pièces nouvelles ne supprimera pas la cause des engagements qui, valablement contractés, demeurent en principe inattaquables. Le dol de la partie qui aurait retenu les pièces pourrait seulement par exception donner lieu à une action en nullité régie par l'article 1304. Cette dernière hypothèse est, comme on le voit, très-différente de celles que nous avons précédemment examinées et dans lesquelles la disposition de l'article 1304 nous a paru absolument inapplicable. — La distinction consacrée par l'article 2057 se justifie d'elle-même, puisque la transaction trouve dans la généralité de son objet une cause qui subsiste nonobstant la découverte de pièces nouvelles ; et qu'au contraire la cause de la transaction qui n'a trait qu'à un seul objet s'évanouit dans les mêmes circonstances.

De l'article 2058, nous n'avons rien à dire, car il ne prévoit pas un cas de nullité : il y a seulement à réparer une erreur de calcul et à rectifier un compte conformément aux règles violées de l'arithmétique.

En résumé, l'article 2053, alinéa 1 et les articles 2054, 2055, 2056 et 2057 alinéa 2, prévoient tous des hypothèses analogues. Quels que soient les termes employés par le législateur ; qu'il parle ou non d'*erreur* commise par les parties (comp. art. 2053, al. 1, d'une part, et de l'autre art. 2055, 2056 et 2057, al. 2) ; qu'il déclare la transaction rescindable (art. 2053, al. 1, et 2054) ou nulle (art. 2055, 2056, et 2057), sa pensée au fond est toujours la même. Tous ces articles supposent une erreur, mais une erreur dont la gravité, dépassant les limites des art. 1110, 1117 et 1304, fait disparaître la cause même des obligations. Remarquons-le bien en effet en terminant : tels sont les rapports d'analogie qui lient la théorie de l'inexistence ou de la fausseté de la cause (art. 1131) à la théorie de l'erreur (art. 1110) qu'on pourrait, croyons-nous, dire avec exactitude, que les articles 1131 et suivants supposent une erreur exclusive du consentement, et que l'article 1110 suppose, dans la cause, un vice et une imperfection qui ne vont pas jusqu'à en exclure l'existence même.

A. MUGNIER.

BIBLIOGRAPHIE.

DU NOTARIAT ET DES OFFICES,

Par M. A. JEANNEST SAINT-HILAIRE, notaire honoraire.

Compte rendu par M. COIN-DELISLE.

L'auteur de ce livre est un ancien notaire, homme d'esprit et de cœur, épris de sa profession, chagrin des obstacles qu'elle a rencontrés, désireux des succès et de la gloire de sa corporation. Après avoir eu durant son exercice les honneurs confraternels, il est aujourd'hui l'un des délégués composant le comité central que les notaires des départements ont formé depuis 1841 pour discuter et examiner les questions générales susceptibles d'intéresser le notariat. Dans sa retraite, il a voulu encore s'occuper d'un état qu'il avait aimé, et il a écrit le livre que nous annonçons.

Ce n'est point un livre de pratique. M. Saint-Hilaire n'écrit

pas seulement pour ses confrères : il écrit pour le public ; il plaide la cause du notariat, la dignité de sa profession, les améliorations qu'il y voudrait voir introduire, la stabilité dont il désire la voir doter, et la considération où il aspire pour elle : tel est le sujet de son livre.

C'est l'ouvrage d'un homme de bien : mais n'en déplaise à l'estimable auteur, le titre a trop d'étendue. *Du notariat et des offices !... C'est promettre tout et surtout promettre un traité : or, ce n'est rien moins qu'un traité. Le livre aurait dû être intitulé : Considérations sur l'état actuel du notariat en France.* Ainsi le lecteur aurait été prévenu de ce que renfermait l'ouvrage.

Je ne m'arrêterai pas à l'*Introduction historique*, qui pourtant est curieuse et trop savante, quoique sans prétention à la science. Naturellement, je n'aime pas à comparer nos notaires, dépositaires de l'authenticité publique, avec les *notarii* qui suivaient les riches patriciens pour en recueillir les pensées ; avec les tachygraphes, comme l'ingénieur Tyron fixant rapidement sur ses tablettes les paroles de l'orateur romain ; ni même avec les *actores publici*, esclaves municipaux, appartenant à tous, qui constataient des conventions privées, sans être pourtant officiers publics et peut-être sans avoir capacité pour témoigner. Le notariat ne gagne rien à ces particularités étrangères, et M. Saint-Hilaire sait comme nous que cette origine prétendue a souvent été reprochée aux notaires, ne fût-ce que par le procureur Denisart ! Le notariat, si différent dans chaque pays aux époques diverses, est né partout du besoin de l'écriture pour monument des faits à conserver ; et sa véritable histoire pour les Français doit se puiser, non dans une antiquité que l'invasion des Francs avait militairement rompue, mais dans la suite des Ordonnances qui ont fait les notaires personnes publiques chargées de donner aux actes une authenticité égale à celle des actes de l'autorité, et qui ont pris des précautions admirables pour assurer la véracité des actes, la probité des officiers et leurs devoirs et leurs droits.

A peine si j'y souffrirais la comparaison avec les notaires étrangers. Il y a des pays où le notariat n'est qu'un métier. L'Angleterre, par exemple, où l'on ne connaît pas les actes authentiques, où tout dépend du témoignage des hommes et du serment. La France est certes la vraie patrie du notariat, et elle doit être assez fière de sa législation sur ce point pour ne cher-

cher d'améliorations que dans la nature des choses, et non dans de serviles imitations à puiser à des sources étrangères sur quelques points minutieux, qui peut-être naissent de l'esprit général des lois de ces pays.

M. Jeannest Saint-Hilaire voudra donc bien me pardonner d'exprimer aussi librement ma pensée. J'irai même plus loin. Je crois (et il le croit lui-même) l'ouvrage trop anecdotique : il a voulu être lu, et a cherché à plaire à *tous les lecteurs* (avant-propos, p. vii). C'est un tort. L'auteur, en égayant quelquefois trop une matière sérieuse, fait oublier au lecteur la suite d'un raisonnement. Par exemple, dans un chapitre *sur la situation morale du notariat*, ce qui ne doit s'entendre que de la moralité actuelle, M. Saint-Hilaire se complait à recueillir les autorités, les anecdotes, et les plaisanteries d'autrefois sur les notaires; il s'arrête à *Boursault* et aurait pu y joindre *Molière* et *Regnard*, introduisant sur la scène M. Bonnefoy et M. Scrupule. Tout cela nuit à la gravité de l'ouvrage : tout cela aussi peut n'être pas exactement vrai, en ce sens, qu'il était bien possible que les notaires seigneuriaux, par leur position précaire et dépendante, eussent une réputation qui ne dût pas rejaillir sur les notaires royaux. Il peut arriver aussi qu'un fait antique soit mal apprécié. Par un contrat de mariage de 1297 qui se trouve à la bibliothèque impériale, deux personnes nobles auraient stipulé que leur cohabitation durerait sept ans, ou plus longtemps si elles le trouvaient bon; qu'au cas contraire, elles prendraient chacune moitié des enfants du mariage, et qu'en cas d'imparité, le sort déterminerait lequel des deux époux supporterait la plus lourde charge; et l'auteur en tire la conséquence « *que certains notaires se préoccupaient peu alors de respecter les règles de la morale publique.* » — Cela n'est point à mes yeux évident. Le fait est du XIII^e siècle, siècle religieux, où quelques époux encore voulaient, par perfection chrétienne, conserver la virginité pendant le mariage. Qu'y a-t-il donc d'étonnant que le mari ait stipulé nécessairement un temps d'épreuve seulement pour l'âge des passions, pendant lequel l'épouse promettait de ne point faire cesser la chaste cohabitation nuptiale, afin d'examiner, plus tard et de concert, à une époque que le contrat ne fixe pas, puisqu'il fallait le concours des deux volontés, si chacun des époux finirait pieusement sa vie dans un cloître?

Peut-être en nous reportant ainsi aux mœurs du temps, le notaire du XIII^e siècle ne mérite-t-il pas le reproche d'avoir alors violé les règles de la morale publique, ni la comparaison avec l'anecdote, *vraie ou fausse*, du bail à mariage pour trois, six ou neuf années, au choix respectif des parties :

Un des meilleurs chapitres est le chapitre VIII, *Rapports avec le Pouvoir* ; mais depuis la page 209 jusqu'à la page 240, il est encore et historique et anecdotique ; et je me demande pourquoi l'ouvrage n'a pas deux parties : l'une historique, l'autre tendant au but que se propose l'auteur ? Quant aux trente pages dont je parle, qu'elles soient là ou ailleurs, je REGRETTERAIS qu'elles ne fussent pas dans le livre. L'auteur y démontre la fidélité calme et traditionnelle du notariat pour la monarchie et pour les clients depuis le temps de la Ligue. Il rappelle les noms des deux notaires au châtelet qui ont eu le courage de recevoir la protestation du président Brisson. L'éloignement du notariat pour les troubles de la France ; l'injure du sieur de Précy, écuyer du duc de Bouillon envers Antoine Navarre, notaire au châtelet, la réparation éclatante accordée au notaire par le Régent, la conduite simple du notaire, qui empêche son agresseur de s'agenouiller devant lui et refuse 30,000 livres d'intérêts civils, le procès-verbal inscrit sur les registres de la compagnie par ordre du prince ; les notaires de Paris faisant prêter sept millions au roi de France, sur sa simple parole, pour la convocation des États généraux de 1789 ; la conduite des notaires pendant la terreur ; leur éloignement pour les mouvements politiques ; le refus de liquidation pour les notaires de Paris provoqué par le ministre des finances, Cambon ; la loi du 2 pluviôse an II ; Brichard et son maître clerc, Mestivier, Chaudot, notaire en second, condamnés à mort, et dictant la liste des dépôts qui leur avaient été confiés. Le Foulleux, Prédicant, Fourcault de Pavant et tant d'autres soit à Paris, soit en province, dont notre auteur a recueilli les noms à force de recherches, forment une galerie de victimes auxquelles s'attache le plus touchant intérêt. Tout ceci est un honneur pour le notariat ; et de la part de M. Jeannet Saint-Hilaire, c'est une bonne action. Il paraît restreindre la cause de ces exécutions multipliées à la haine que Cambon et Charlier portaient aux notaires. Il y en avait une autre. Les notaires étaient trop dévoués à leurs clients, trop habitués au secret,

pour obéir spontanément aux décrets des 23 août, 27 août, 30 octobre, 25 novembre 1792, 25 juillet, et 23 septembre 1793 qui enjoignaient aux dépositaires d'objets, de denrées, d'argenterie, titres et effets de toute nature appartenant à des français émigrés, ou à des personnes absentes de leur domicile; ou à des personnes domiciliées hors du district des dépositaires, soit de les déposer aux municipalités soit de les déclarer et faire viser les titres, soit de les verser dans les caisses nationales. Ces décrets paraissaient aux notaires des lois contre le droit et contre leurs devoirs; et l'exécution révolutionnaire assurant les confiscations, la cause gouvernementale des accusations était dans les richesses aristocratiques en dépôt chez des notaires sachant conserver la fidélité aux dépens de la vie.

En voilà assez sur les accessoires de l'ouvrage, assez même pour inspirer le désir de le lire, et le notariat serait ingrat si l'édition ne s'épuisait pas.

Venons donc à l'ouvrage lui-même : ce sont les réflexions que fait un ancien notaire sur les raisons d'une sorte de malaise moral que le notariat a éprouvé depuis 1841 jusqu'à 1854 sous la crainte d'une suppression des offices, sous la sévérité des responsabilités, et sous les changements de législation qui ont détaché de leurs fonctions quelques-unes de leurs anciennes attributions. La seconde partie est un exposé des moyens qu'il serait utile de prendre pour rendre à la profession tout son ancien lustre.

Le lecteur n'attend certainement pas de moi ni l'exposé de ces moyens, ni leur réfutation ou leur justification en tout ou en partie. Ce serait un travail d'Hercule; je ne dirai que quelques mots.

L'auteur se trompe, s'il croit que le notariat a perdu de la considération qui lui est si justement due : les notaires sont encore des hommes honorables et entourés de l'estime publique. J'en ai beaucoup connu et à Paris et en province; et je n'ai pas vu de notaires ayant exercé pendant dix ans (temps à peu près nécessaire pour qu'un notaire connaisse bien sa clientèle et pour que ses clients aient jugé sa personne), qui n'ait reçu la juste estime qu'il méritait.

La suppression des charges a toujours été une fausse utopie; mais je suis loin de croire qu'aucun gouvernement l'ait eu en vue depuis 1816. Certes on ne peut empêcher les publicistes de

discuter la question de la propriété des offices. Mais cela n'empêche pas que les offices ne soient une propriété depuis la loi de 1816. Propriété d'une nature particulière, qui peut périr aux mains de l'officier, s'il s'en montre indigne par sa conduite coupable, comme périclite même une maison sous la main du maître incendiaire; mais aussi c'est une propriété qui se conserve par la bonne conduite, par le travail, par l'austère probité. L'Etat, qui a permis de l'acquérir à prix d'argent, qui sait que l'officier y a placé ses ressources et celles de sa famille, est intéressé à en permettre la cession à prix d'argent : il y est intéressé, en ce qu'autrement, il serait injuste; il y est intéressé, en ce que ces fonctions d'officiers de diverses natures ouvrent leurs portes à une autre génération qui a employé une partie de ses deniers et tout le temps de sa jeunesse à une éducation libérale et à des travaux spéciaux, longs et arides, pour se mettre en état en l'âge mûr d'utiliser ses connaissances d'une manière déterminée; or, l'Etat se doit aussi à la génération qui s'élève. Donc, la seule raison suffirait pour bannir des craintes imaginaires; et la perfection du notariat en France, sous la législation actuelle, est une raison de plus pour n'attendre pas de changements.

La jurisprudence a été, il est vrai, sévère sur les responsabilités notariales... mais quelques jugements ne fondent pas une règle de droit; nous devons les respecter, et croire que les espèces l'ont exigé ainsi. Disons même que par un juste retour, on voit les bons esprits, même dans la magistrature où il y a tant d'hommes d'élite, se réunir pour désirer une équitable modération dans les questions de responsabilité.

Quelques attributions ont été enlevées aux notaires par la législation : c'est vrai encore. Mais la seule loi de la transcription fera ou bientôt, ou un peu plus tard, renoncer aux conventions privées pour tout ce qui est immeuble. C'est l'affaire de quelques années d'épreuves; les parties reviendront aux notaires, les arpenteurs cesseront de faire des partages sous seings-privés; et les abus s'éteindront.

Il faut voir dans le livre lui-même tous les conseils que l'auteur donne aux notaires, le chapitre XII, *Des Devoirs*; le chapitre XIII, *Discipline*; l'excellent chapitre VI, *du Tarif*, le chapitre qui commence l'ouvrage, *Cléricature*, et qui montre dans l'homme une bonté paternelle et une connaissance profonde des avantages de la vie de famille. C'est dans ces cha-

pitres et dans une administration sage et modérée, que les notaires puiseront l'art de conserver leur bonne renommée antique, plus que dans le remède héroïque qui forme la conclusion de l'ouvrage, et qui consisterait à faire un fonds commun à tous les notaires de France, composé, chaque année, du vingtième sur le denier dix du montant originaire du traité de chacun, pour faire face aux condamnations civiles prononcées contre quelques-uns d'entre eux. Il est bien certain qu'il serait contre sa pensée qu'on vit là une assurance offerte aux notaires contre leur responsabilité civile; ce serait donc une assurance offerte au public, qui, à mon sens, est impraticable et serait profondément injuste, mais que je ne dois pas discuter ici. COIN-DELISLE.

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

ET DE LA LÉGISLATION COMMERCIALE.

Par M. ALAUZET. — Paris, Cosse et Marchal, 1857. — 4 vol. in-8.

Compte rendu par M. KÖNIGSWARTER, membre correspondant de l'Institut.

M. Alauzet, auteur d'une *Histoire de la possession et des actions possessoires*, d'un *Essai sur les peines et le système pénitentiaire* et d'un *Traité général des assurances*, avait prouvé depuis longtemps que le Code civil, les lois commerciales et la science du droit pénal étaient des champs également explorés par son infatigable science. Aujourd'hui cette plume fertile vient nous doter d'un ouvrage approfondi, embrassant toute la législation commerciale; car tout en suivant exactement l'ordre du Code et en gardant la forme du commentaire, si aimée des praticiens français, l'auteur a su rattacher aux endroits les plus propres les nombreuses matières dont notre Code de commerce ne s'est point occupé.

La brièveté et la défectuosité du Code de 1808 sont des faits trop connus. Sur ce point, notre gloire de législateurs commence à pâlir; car les autres pays nous ont aujourd'hui devancé. Et il n'y a pas à s'en étonner, quand on pense aux prodigieux progrès qu'ont faits, depuis le commencement du siècle, le commerce et l'industrie!

Le compte courant, la lettre de crédit, le report, l'assurance

terrestre, celle sur la vie, sont des matières sur lesquelles notre législation est muette, et qui sont réglées aujourd'hui entièrement par la jurisprudence des arrêts. D'autres ont été réglées depuis par des lois spéciales, telles que les droits d'auteurs, les propriétés des dessins de fabrique, les brevets d'invention, les arbitrages forcés, les sociétés en commandite, etc. Enfin il est évident que les auteurs du Code de commerce ont eu la pensée que le Code civil formerait le droit subsidiaire; et certes, pour s'en convaincre, on n'a qu'à jeter les yeux sur le titre 7, *Des achats et ventes*, consistant en un article unique, et ne s'occupant que des moyens de constater l'existence du contrat. Cependant une doctrine contraire a trouvé des défenseurs. Il y a quelques années, M. Frémery, dans ses *Études du droit commercial*, déplorait que le droit commercial ne soit pas resté tout à fait distinct du droit civil; les jurisconsultes qui en ont, les premiers, tracé les règles, n'ont pas cru en effet qu'il pût être affranchi, si ce n'est exceptionnellement, du droit commun. MM. Delamarre et Lepoitevin, en publiant leur ouvrage sur le contrat de commission, ont été plus loin. Ils ne se contentent plus de se plaindre d'un pareil état de choses, ils le nient; à les en croire, on admet à tort, même de nos jours, que le droit commercial soit une simple dérogation au droit civil, il en diffère tout autant que le droit pénal ou le droit administratif; et là où les lois spécialement écrites pour le commerce sont insuffisantes ou muettes, ce n'est pas au Code civil qu'il faut se reporter, mais bien à l'équité, aux usages et à l'intérêt du commerce. MM. Delamarre et Lepoitevin soutiennent que l'opinion contre laquelle ils s'élèvent ne fut formulée et érigée en principe qu'en 1820 par un arrêt de la Cour de cassation. Mais il est bien permis de lui donner une origine plus ancienne et plus respectable, quand on la trouve émise à chaque page dans Loqué, si familiarisé avec les discussions du Conseil d'État et les exposés des motifs. On la trouve écrite en toutes lettres dans les procès-verbaux du Code de commerce.

Aussi notre savant collaborateur M. Troplong a combattu avec son incontestable autorité la doctrine de MM. Delamarre et Lepoitevin, quand il rendit compte des premiers volumes de leur ouvrage dans cette *Revue*¹, et notre auteur adhère avec raison à

¹ Ancienne série, t. XVI, p. 47.

la doctrine de cet illustre légiste : « Nous croyons, quant à nous, que pour la vente comme pour la société, comme pour tous les autres contrats, la seule manière de procéder est d'étudier d'abord le Code de commerce; quand il est muet, de se reporter au Code Napoléon. Si le texte de cette dernière loi déclare expressément qu'il est inapplicable en matière commerciale; que les procès-verbaux, à défaut de texte, l'expriment d'une manière formelle, ou que la nature des choses le démontre d'une façon péremptoire et évidente, alors, mais alors seulement, en déplorant une lacune trop réelle, nous devons nous reporter aux usages, s'ils peuvent être constatés d'une manière satisfaisante, et à l'équité. »

Fidèle à ce programme, M. Alauzet a rattaché aux articles 18 et suivants du Code de commerce le commentaire des dispositions du Code Napoléon qui posent les principes généraux du *Contrat de société*; à l'article 92, le commentaire du titre du *Mandat*; à l'article 95, le commentaire du *Nantissement*; à l'article 109, le commentaire des *Obligations conventionnelles*, de la *Vente*, du *Louage*, du *Prêt*, du *Cautionnement*, etc. Par les mêmes motifs il a, dans le livre IV, fait des emprunts au Code de procédure civile. C'est donc avec pleine raison que l'auteur a intitulé son œuvre non-seulement le Commentaire du Code de commerce, mais celui de la législation commerciale dans son ensemble. Il prend dignement sa place à côté des bons ouvrages contemporains des Pardessus¹, Bravard-Veyrières, Bedarride, Frémery, Massé, Molinier et autres qui ont enrichi dans ces dernières années la littérature du droit commercial.

KOENIGSWARTER.

¹ Sixième édition, publiée par M. Eugène de Rozière, 4 vol. in-8.

CHRONIQUE ÉTRANGÈRE.

ALLEMAGNE. Le projet de Code de commerce élaboré par la commission de Nuremberg est soumis en ce moment, dans plusieurs États d'Allemagne, à l'examen des chambres de commerce.

La commission ayant à traiter les questions de droit maritime, va s'installer prochainement dans la ville de Hambourg, où elle sera plus à même de recueillir les renseignements dont elle aura besoin pour cette partie de son travail.

ESPAGNE. Aux termes d'une ordonnance royale du 30 septembre, il est établi à Madrid une Académie royale dénommée des sciences morales et politiques, égale, en catégorie, aux quatre existantes : Académie espagnole, de l'histoire, des arts nobles et des sciences exactes, physiques et naturelles. L'Académie royale des sciences morales et politiques se composera de trente-six académiciens. Ce nombre devra toujours être complet. Pour cette seule fois, la reine nommera la moitié des académiciens, qui, réunis sous la présidence d'un candidat nommé par elle, procéderont au choix des dix-huit académiciens.

L'Académie choisira elle-même, ultérieurement, les membres dont elle se composera. Le président sera nommé par la reine.

KOENIGSWARTER.

EXAMEN DOCTRINAL

De Jurisprudence civile et commerciale.

Par M. FL. MIMEREL, docteur en droit, avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Communauté conjugale. — Reprises de la femme.* — La femme mariée sous le régime de la communauté, soit qu'elle l'accepte, soit qu'elle y renonce, ne peut exercer ses reprises, à raison de ses propres aliénés, en concours avec les créanciers de la communauté, qu'à titre de créances et par contribution avec eux.
2. *Mais dans ses rapports avec son mari, elle n'en doit pas moins être considérée, lorsqu'elle accepte la communauté, comme copropriétaire des objets qui la composent.*
3. *Femme mariée. — Autorisation d'ester en justice. — Pouvoir du juge.* — La femme mariée, autorisée par le juge à ester en justice pour former une demande, a besoin d'une autorisation spéciale pour interjeter appel du jugement qui repousse son action.
4. *Et cette autorisation d'appeler ne peut être sollicitée ni accordée avant que le jugement à attaquer en appel ait été rendu.*
5. *Billet perdu. — Acte de protestation. — Recours.* — L'acte de protestation à défaut de paiement, dans le cas de la perte d'un effet de commerce, doit, à peine de déchéance de tout recours contre les endosseurs, être précédé de l'accomplissement des formalités requises par les articles 151 et suivants du Code de commerce.

1. — (C. DE CASS., CH. RÉUNIES, 16 JANVIER 1858; *Revue de jurisprudence*, t. XII, p. 1; *Dalloz*, 58, 1, 1.) — La *Revue* a déjà annoncé à ses lecteurs l'important événement qui vient de se produire dans la jurisprudence; elle a publié, en tête du premier numéro de ce volume, l'arrêt par lequel les chambres réunies de la Cour de cassation ont enfin statué sur la question, devenue trop fameuse, du droit auquel la femme mariée sous le régime de la communauté exerce ses reprises à la dissolution de l'union conjugale.

Elle avait eu bien des fois déjà, dans ces dernières années, l'occasion d'entretenir ses abonnés de cette question, qui dominait toutes les préoccupations des jurisconsultes et touchait à tant d'intérêts. Ils n'ont pas oublié les remarquables articles de M. Paul Pont, qui ont tant contribué à répandre la lumière sur les difficultés de cette matière délicate, ni les dissertations savantes de MM. Ancelet et Serrigny; ils n'ont pas oublié qu'in-

spirée par un sentiment d'impartialité dont ils lui auront su gré, guidée par un désir sincère de répondre à sa mission en provoquant la discussion et en appelant toutes les idées à se révéler, afin de faire plus sûrement jaillir la vérité du choc des opinions contraires, la *Revue* a ouvert libéralement ses colonnes aux adversaires mêmes de la doctrine qu'elle avait arborée, et a voulu qu'ils y pussent venir combattre les principes de ses propres rédacteurs. Les saines théories, en effet, ne doivent pas craindre la lutte; elles doivent bien se garder de tout ce qui peut l'étouffer; car c'est la lutte, c'est la libre discussion qui fait leur force et qui assure, en fin de compte, leur triomphe.

La question qui nous occupe en offre un bien notable exemple.

C'est en 1853, on se le rappelle, que par un arrêt du 15 février, la chambre civile de la Cour de cassation, rompant avec une longue jurisprudence, avec toutes les traditions de la théorie et de la pratique sous l'empire du Code comme de l'ancienne législation coutumière, a décidé que la femme mariée sous le régime de la communauté, soit qu'elle l'acceptât, soit qu'elle y renonçât, avait pour l'exercice de ses reprises, même sur le mobilier commun, un droit supérieur à celui des créanciers, de telle sorte que ceux-ci ne pussent élever aucune prétention sur son actif qu'après qu'elle aurait été elle-même intégralement remplie de ses reprises. La Cour cédait, en prononçant ainsi, à l'influence d'une opinion à laquelle le patronage d'un éminent jurisconsulte, dans un ouvrage récemment publié, prêtait une autorité qu'elle n'avait point réussi à conquérir lorsqu'elle avait essayé, sous l'ancienne législation, de se produire au jour.

Cet arrêt suscita aussitôt d'énergiques réclamations, et il fut l'objet de vives attaques. Il eut aussi d'ardents apologistes. Mais cette lutte, nous croyons pouvoir le dire, fut peu favorable au système auquel la Cour de cassation venait d'imprimer, d'une manière si inattendue, la sanction de sa jurisprudence, et on le vit bientôt perdre une grande partie du terrain qu'il avait gagné dans le premier moment de surprise. Plusieurs des Cours impériales qui s'étaient inclinées d'abord devant l'autorité de la Cour suprême, comme celles de Douai, d'Orléans, d'Amiens, la Cour même de Paris, qui l'avait précédée dans cette voie nouvelle, revinrent à l'ancienne doctrine, qui ne tarda pas à

rallier à elle la grande majorité des tribunaux comme des auteurs. Dès le mois de décembre 1854, la Cour de Bourges, saisie d'un renvoi après cassation, refusa de se soumettre aux principes de droit formulés dans l'arrêt d'annulation, et donna raison contre lui à l'arrêt annulé. Au mois d'août suivant, la Cour de Paris, dans l'affaire Moinet, imitait cet exemple; elle maintenait également sa jurisprudence contre celle de la Cour régulatrice, en s'appropriant la décision de l'arrêt cassé de la Cour de Rouen; et ainsi se révélait un fait peut-être sans précédent jusqu'alors dans les annales de la jurisprudence civile: la même question se trouvait portée deux fois dans le même temps devant les chambres réunies de la Cour suprême, par l'effet de la résistance à peu près unanime des Cours d'appel.

A partir de ce moment, la chambre civile suspendit son jugement; elle s'arrêta, avec une sagesse qui l'honore, devant cette résistance, et la Cour tout entière se prépara, avec la conscience de la gravité de sa mission, à l'examen nouveau et définitif qui était réclamé de sa haute impartialité. Elle allait exercer son contrôle sur sa propre doctrine dans cette question, à laquelle s'attachaient les intérêts les plus considérables par leur nombre et leur importance, et qui se liait si étroitement aux institutions mêmes formant la base de la société civile, à la dignité du mariage, à la conservation des familles, à la sûreté du crédit public. Aussi voulut-elle procéder avec toute la prudence et toute la maturité qu'exigeait une pareille situation, et ce n'est qu'après une lente, mais complète élaboration, qu'elle vient enfin de rendre son arrêt, par lequel, répudiant le système inauguré par la chambre civile en 1853, elle a fait retour à sa jurisprudence antérieure. A la suite d'un débat solennel de trois audiences et d'une délibération qui n'a pas employé moins de trois jours, elle a décidé que la femme ne peut se prévaloir, pour l'exercice de ses reprises, d'aucun droit de préférence sur les autres créanciers relativement à l'actif mobilier de la communauté, et qu'en cas d'insuffisance de cet actif pour faire complètement face et à ses reprises et aux dettes, elle ne peut prétendre qu'à un concours avec eux et à une contribution.

La lenteur même du travail qui a présidé à la préparation de cet arrêt, n'a pas été inutile pour lui imprimer le caractère définitif et l'autorité dont il avait besoin. Pendant que la Cour se recueillait ainsi, elle laissait le temps à toutes les opinions

d'entrer en lice, de s'analyser, de se discuter, et il est permis de croire qu'au moment où ses trois chambres se sont enfin assemblées pour prononcer, la lutte était épuisée, que tous les arguments avaient été mis au jour, que toutes les idées s'étaient révélées, qu'en un mot tous les éléments du débat avaient subi l'épreuve de l'examen et de la critique. Ainsi la question avait complètement mûri; elle pouvait être jugée en pleine et entière connaissance de cause, et tout se trouvait disposé pour une décision sur laquelle il n'y eût plus à revenir.

La jurisprudence de la chambre civile n'a point résisté à ce contrôle, et elle a été abandonnée, ainsi que nous en avons nous-même exprimé la conviction dans un examen doctrinal, publié dans le numéro de la *Revue* du mois de mai 1854.

Cette doctrine devait être, en effet, condamnée, et la diversité des systèmes, souvent contradictoires, qui prétendaient la justifier, suffisait à en attester l'erreur; ses défenseurs ne pouvaient tomber d'accord sur les fondements mêmes de leur opinion. Ainsi, tandis que la Cour prenait pour point de départ de ses décisions le droit de propriété qu'elle reconnaissait à la femme sur les valeurs composant la communauté, et déclarait qu'elle devait les prélever comme siennes jusqu'à concurrence de ses reprises, le jurisconsulte éminent qui la préside, bien qu'il reconnût également le droit de copropriété de la femme sur les biens communs, n'attribuait à ses relations avec la communauté, à raison de ses reprises, que le caractère d'une créance, mais d'une créance investie par la loi d'un privilège à l'encontre des autres créanciers. Il répudiait l'argumentation puisée dans l'article 1471 et dans le droit de prélèvement qui y est accordé à la femme comme au mari, et s'attachait principalement à la disposition de l'article 1483, qui, en limitant l'obligation de la femme vis-à-vis des créanciers de la communauté à son émolument, c'est-à-dire à ce qu'elle en avait amendé, lui paraissait créer en sa faveur la situation privilégiée qu'il revendiquait pour elle, et lui conférer le droit de se faire intégralement payer avant tous autres.

Entre ces deux systèmes nettement tranchés et formulés, il s'en plaçait beaucoup d'autres, émanés d'esprits ingénieux et avides de la vérité, qui, frappés de l'opposition des prémisses desquelles on déduisait la solution, ne trouvant ni dans l'un ni dans l'autre pleine satisfaction, et voulant arriver à une démon-

stration plus solide du droit qu'on s'efforçait d'attribuer à la femme, cherchaient à d'autres sources des notions pour le légitimer et des arguments pour l'expliquer et le mettre en harmonie avec notre législation. Tantôt on présentait la communauté comme une masse indivise, composée elle-même de deux fractions distinctes, quoique inséparables jusqu'au temps de sa dissolution; la première comprenant l'ensemble des biens communs, destinés à être partagés entre les époux; la seconde contenant des valeurs demeurées propres à chacun d'eux, bien que confondues dans la masse, parce qu'elles tiennent la place des biens personnels dénaturés par l'effet d'une aliénation sans emploi. Tantôt on concédait que la communauté avait été nantie de ces dernières valeurs au même titre que des premières; mais on soutenait que le droit de propriété qu'elle en avait durant son existence, se résolvait à sa dissolution, qu'il était transporté, par la seule force des dispositions de la loi, sur la tête de la femme, lorsqu'elles provenaient de la transformation de ses biens personnels, et qu'elles rentraient ainsi *ipso jure* dans son patrimoine, dont elles étaient sorties. Tantôt encore on admettait, par une sorte de transaction, que le droit privilégié de la femme pour ses reprises ne pouvait s'exercer que pour moitié, la femme se devant à elle-même la compensation de l'autre moitié avec son droit comme copartageante.

Tous ces différents systèmes manquaient également de vérité; ils péchaient tous également par le défaut d'une base légale. Cette distinction dans la communauté de deux masses indivisibles, cette propriété résoluble, ce privilège même attaché à la créance de la femme pour ses reprises, étaient de pures créations de l'imagination de leurs auteurs, substituées aux conditions de l'association conjugale, telles qu'elles sont déterminées par la loi. Elles constituaient, comme l'a dit énergiquement M. le procureur général Dupin dans son remarquable réquisitoire, *un régime fantastique*.

L'idée d'un privilège seule avait demandé sa justification à un texte précis de la loi; mais l'article 1483, sur lequel elle s'appuyait, est loin d'avoir la portée qu'on lui prêtait. Cet article, reproduction fidèle des traditions de la coutume de Paris et de Pothier, n'est fait qu'en vue du cas où la liquidation a eu lieu sans fraude en l'absence de quelques-uns des créanciers de la communauté; où la femme, après que ceux qui

ont fait valoir leurs droits sont désintéressés, a elle-même trouvé dans le partage de l'actif opéré de bonne foi, outre le recouvrement intégral de ses reprises, un émolument, un avantage dont s'est accru son patrimoine. Il lui ouvre alors la ressource d'un véritable bénéfice d'inventaire vis-à-vis des créanciers négligents, qui viendraient après coup produire leurs titres; il lui permet, en rendant compte de ce qui lui est échu à titre d'émolument par l'effet du partage, de retenir ce qu'elle a touché pour se couvrir de ses reprises, et de leur opposer, à cet égard, l'exception : *meum recepi*. Le texte, dans son ensemble, indique assez que telle est bien, en effet, l'hypothèse dans laquelle s'est placé le législateur, et qu'il n'a voulu donner à la femme, comme on l'a exprimé avec beaucoup de bonheur, *qu'un bouclier, et non pas une arme*. Cet article ne pouvait donc légitimer l'exercice d'un droit de privilège pour la femme dans une hypothèse contraire, c'est-à-dire au cas où la liquidation n'étant pas encore effectuée ni la femme payée, des créanciers vigilants viennent avant tout partage réclamer, en concurrence avec elle, le bénéfice du droit de gage attribué également par la loi à tout titre de créance sur les biens du débiteur commun.

Telle est l'interprétation de l'article 1483, par laquelle nous répondions, en 1854, à l'argumentation décevante que la doctrine du droit privilégié de la femme y puisait, et cette interprétation a été formellement consacrée par l'arrêt des chambres réunies.

Le système adopté par la chambre civile, avons-nous dit, partait d'une autre idée. La Cour avait bien compris que le privilège revendiqué pour la femme par le savant auteur du *Contrat de mariage*, ne pouvait dériver pour elle que d'une disposition précise de la loi, et qu'en l'absence d'une telle disposition il lui était impossible de se soutenir. Elle avait donc fondé ses arrêts sur une autre base. A cette idée fautive d'un privilège, elle avait substitué l'idée du droit de copropriété de la femme sur les biens composant la communauté au moment de sa dissolution, pour en déduire à son profit le pouvoir de prélever ses reprises par préférence à tous créanciers, et en dehors de tout concours avec eux.

Cette solution n'en était pas pour cela plus saine; car, d'une part, la déduction tirée par la Cour de cette idée fondamentale

de la copropriété de la femme commune, était, en tout état de cause, en contradiction avec elle et constituait une inconséquence flagrante; et, d'autre part, cette idée fondamentale elle-même n'était pas toujours exacte; elle manquait de vérité dans l'hypothèse d'une renonciation à la communauté: de telle sorte que la Cour n'avait rien gagné à écarter l'erreur sur laquelle on avait élevé l'édifice du droit privilégié de la femme, et à asseoir sa théorie sur un principe réellement emprunté à la loi et offrant, pour le cas le plus ordinaire, un caractère d'incontestable certitude.

En effet, de ce qu'elle envisageait la femme comme investie d'un droit de copropriété sur les biens de la communauté, il ne s'ensuivait nullement que celle-ci pût reprendre aucune portion de ces biens en exemption des dettes qui les grevaient. C'était précisément une conclusion toute contraire qui devait sortir de ce fait ainsi posé dans des termes absolus; car le bénéfice de la propriété a pour corrélation juridique nécessaire l'obligation aux charges qui pèsent sur son objet. Celui qui se présente comme propriétaire d'une chose, ne peut s'en rien arroger de plus que ce qui en reste, après qu'il a désintéressé tous les créanciers dont elle forme le gage; *non sunt enim bona nisi deducto ære alieno*; et dès lors, par application de ce principe de droit et d'équité qui domine toute législation, la femme, considérée en la seule qualité de copropriétaire de la communauté, n'aurait dû être admise à prélever quoi que ce soit sur ses biens, à y rien prendre enfin, même comme indemnité de ses propres aliénés, qu'après que tous les créanciers de la communauté auraient été payés. C'était là la seule conséquence logique qui pût découler de la situation que la Cour lui faisait, puisque, pour le propriétaire, il ne saurait exister d'actif qu'après l'épuisement du passif.

Et qu'on le remarque bien; si tel n'est pas le droit rigoureux auquel se trouve soumise la femme, si elle jouit de la faculté de revendiquer une part des biens de la communauté avant que toutes les dettes de la communauté soient éteintes, c'est que par une faveur particulière, parfaitement légitimée d'ailleurs soit par l'étendue du droit exorbitant d'administration, et souvent même de disposition, que la loi confère au mari sur les objets appartenant à la communauté, soit par l'influence naturelle qu'il exerce sur elle et qui lui livre,

dans une certaine mesure, le sort même de sa fortune personnelle, la loi l'investit spontanément d'un véritable privilège de bénéfice d'inventaire, et lui permet de mettre à l'écart, selon son intérêt, son titre de propriétaire des choses communes, pour faire valoir comme créancière ses droits à indemnité à raison soit du prix de ses propres aliénés sans emploi qui est tombé dans la communauté, soit des paiements qu'elle a pu effectuer comme caution de son mari. Mais il est bien clair que lorsqu'elle use de ce bénéfice spécial et dépouille ainsi la qualité de propriétaire, ce n'est que comme créancière, avec les inconvénients aussi bien que les avantages de la situation dans laquelle elle se place, qu'elle peut se présenter à la liquidation de la communauté, et qu'il lui faut bien alors souffrir, dans cette opération, le concours des autres créanciers, puisqu'à ce bénéfice d'inventaire se limite la faveur que notre législation lui a faite, et que sa créance n'est pas, en outre, garantie par un privilège sur les meubles, comme par une hypothèque légale sur les immeubles. Elle doit alors se contenter d'un droit identique à celui de l'héritier sous bénéfice d'inventaire, qui, bien que propriétaire de l'hérédité, conserve la faculté de recouvrer ses créances sur elle, suivant les règles de la loi commune, et n'est tenu de rendre compte aux autres créanciers que de l'actif qui a été constaté et qu'il n'a pas employé régulièrement et sans fraude au paiement du passif de la succession, ses propres créances comprises.

De l'idée du droit de copropriété de la femme, il n'était donc pas possible de faire jaillir logiquement cette conclusion, qu'elle était armée, pour l'exercice de ses reprises, d'un droit supérieur à celui de tous autres créanciers. Cette idée ne pouvait se prêter qu'à une conséquence toute contraire et tellement désastreuse pour elle, que la loi a dû l'écartier, en faisant fléchir, par un bienfait tout spécial, la rigueur des principes. Elle ne pouvait, dès lors, qu'être indifférente aux relations juridiques de la femme avec les créanciers de la communauté, et il était, par suite, impossible qu'elle justifîât la théorie sanctionnée par la jurisprudence de la Cour.

Cette idée, d'ailleurs, était absolument fautive dans le cas de la renonciation de la femme à la communauté; car elle se rend, par cet acte, complètement étrangère aux biens qui la composent. Elle perd sur eux toute espèce de droit, aux termes de

l'article 1492 du Code. Elle ne peut donc pas être dite alors copropriétaire de ces biens, sans la plus manifeste contradiction à cette disposition formelle de la loi; elle ne saurait, par suite, prendre à leur égard d'autre situation que celle de créancière à raison des répétitions qu'elle peut avoir à exercer, ni se prévaloir d'un autre droit que de celui que l'article 2093 assure à tous les créanciers.

Vainement les arrêts de la Cour invoquaient-ils l'appui de l'article 1493, qui détermine pour le cas de renonciation, comme pour celui d'acceptation, les prélèvements de la femme. Cet article fixe l'étendue de ses droits contre la communauté; mais pas plus que l'article 1471 qu'il reproduit, il n'a pour objet de régler le mode de leur exercice, et ces deux choses ne sauraient être confondues sans conduire à une erreur certaine; car elles se rattachent à des principes entièrement distincts. La mesure du droit étant la même, l'exercice s'en fera par voie d'actions différentes, selon le titre de la femme. Si elle a accepté et qu'elle se trouve en présence d'un actif dégrevé de toutes dettes (il n'y a, en effet, véritablement d'actif que dettes payées, et l'article 1471 est rangé parmi les dispositions spéciales au partage de l'actif entre les époux), elle peut se présenter comme une copropriétaire qui vient faire liquider sa part de la masse indivise entre elle et son mari; c'est alors au moyen d'une action en partage de la chose commune qu'elle se fait remplir de tous ses droits. Si, au contraire, les forces de la communauté sont insuffisantes, c'est en vertu de son titre subsidiaire de créancière de ses reprises qu'elle viendra, en concours avec les créanciers, retirer par contribution ce qu'elle pourra; et ainsi, les droits que lui ouvre l'article 1471 auront été mis en œuvre par elle, dans ces deux hypothèses, au moyen de deux actions différentes, suivant la qualité qu'elle aura revêtue. C'était donc par une déduction tout à fait illégitime que la chambre civile concluait de ce que l'article 1493 attribue à la femme renonçante, à titre de reprises, les mêmes répétitions qu'à la femme acceptante, que la première est nécessairement armée de tous les droits qui peuvent appartenir à la seconde, relativement au mode d'exercice de ses répétitions.

Cette doctrine des arrêts de la chambre civile ne reposait

donc pas plus sur une exacte interprétation de la loi que les divers systèmes qui s'étaient élevés à côté d'elle. Elle devait partager leur sort, et elle a été rejetée avec eux par l'arrêt solennel du 16 janvier, encore qu'elle eut cependant sur eux l'avantage d'offrir, à son point de départ, une idée tout à fait exacte et juridique pour le cas le plus ordinaire, celui de l'acceptation de la communauté par la femme.

2. Oui, c'est une idée profondément vraie, qui tient à l'essence même du régime de la communauté, qui constitue son caractère particulier et le distingue du régime dotal, que celle du droit de copropriété de la femme et du mari sur les choses de leur communauté. Dans le régime dotal, tout ce qui n'est pas à la femme est acquis au mari ; pour lui seul les gains, pour lui seul les économies. La femme demeure étrangère à tout ce qui fait la prospérité de la maison ; elle n'a point d'intérêt à y travailler ; tout ce qui lui est retranché d'aisance, tout ce qu'elle peut se refuser de jouissance, de plaisir, tourne au profit exclusif du mari. Qu'on lui restitue, à la dissolution de l'union conjugale, ce qu'elle a apporté, et toutes les affaires du mariage se trouvent liquidées. Le fond du régime de la communauté, au contraire, c'est l'existence d'une bourse commune entre les époux, formée par la contribution de chacun d'eux, alimentée par les revenus de leurs biens propres, accrue des bénéfices du travail et de l'épargne. Par là, leurs intérêts sont associés et confondus ; par là, la prospérité du ménage devient l'affaire de tous les deux, et la communauté de fortune et de condition n'est point séparée de la communauté de vie. Sans doute, le rôle des époux n'est pas le même relativement à ce patrimoine commun ; le mari est investi d'un pouvoir d'administration qui s'étend souvent jusqu'au droit de disposer. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il appartient indivisément aux deux époux, et que, lors de la dissolution de l'union conjugale, à l'opposé de la femme dotale qui n'a de droit que sur ce qui compose sa dot et sur ce qui provient d'elle, la femme commune a véritablement la copropriété de ce patrimoine, fruit de la collaboration, de la sagesse, des efforts communs des deux époux. Ce droit apparaît avec éclat, lorsque la communauté a prospéré, suivant le vœu et l'attente du législateur, qu'elle offre à son terme un actif bien établi, enrichi pendant le mariage, dégagé de toutes dettes, que la liquidation entre les époux ou leurs représentants peut s'ac-

complir, sans être entravés par l'action de créanciers. L'opération est simple alors ; il ne s'agit que du partage d'un fonds commun, dans lequel chacun doit prendre la portion que la loi ou la convention lui attribue, et dont l'étendue se mesure sur la quotité de la contribution qu'il a apportée à la masse, augmente ou diminue, suivant qu'il a versé pendant le mariage quelque valeur en sus de sa mise première, ou qu'il a prélevé quelque somme pour les besoins de sa fortune propre. Cette opération repose tout entière sur l'idée d'une propriété commune à diviser ; et prétendre alors que la femme n'a pas sur cette propriété des droits identiques, de même nature, de même énergie que le mari, c'est méconnaître, de la manière la plus flagrante, l'esprit de la législation, fausser les conséquences des principes qui l'ont guidée, enfin dénaturer le régime de la communauté dans ses plus essentielles conditions. L'idée du droit de copropriété de la femme sur les choses communes ne s'obscurcit et ne s'efface que dans les cas d'exception, que la loi a dû prévoir, mais qui n'ont point dominé ses inspirations, où des fautes et des malheurs sont venus déranger ses combinaisons, où le régime de la communauté n'a pas engendré la prospérité, où l'association conjugale, enfin, n'a produit que des pertes. Alors, dans son intérêt, la femme peut abdiquer ce droit ; elle peut ou le répudier complètement, en abandonnant le patrimoine commun au mari, à ses risques et périls, ou le faire céder devant les avantages du bénéfice d'inventaire, afin de ne le mettre en jeu plus tard que si la liquidation définitive laisse un actif net à partager. Mais ce sont là des ressources créées pour la sauver de la ruine dans l'hypothèse d'un désastre ; ce sont des dérogations aux principes du régime de communauté, des expédients, pour ainsi dire, que la loi a placés au second plan, et qui n'empêchent pas l'institution du droit de copropriété de régner au premier et de régler souverainement les rapports des époux entre eux, relativement au patrimoine commun.

Aussi nous ne saurions croire qu'en condamnant la doctrine des derniers arrêts de la chambre civile, la Cour ait entendu porter atteinte à ce principe si exact, dont ils avaient fait la plus fausse application, du droit de copropriété de la femme au cas d'acceptation de la communauté, et faire autre chose que la ramener aux errements de son

ancienne jurisprudence, et à l'observation des règles qui doivent fixer les relations de la femme avec les créanciers de la communauté. Elle n'avait à déterminer que ces seules relations, et elle n'a pas voulu toucher à d'autres objets. Sa pensée, à cet égard, se révèle assez clairement par l'un des motifs dont elle se sert pour écarter du débat les articles 1491 et 1493 ; c'est, dit-elle, qu'ils ne sont relatifs qu'aux rapports des époux entre eux.

Si donc quelques-uns des termes de son arrêt paraissent aller au delà de cette question, et proclamer, en thèse absolue, que l'indemnité pour le prix des propres aliénés de la femme, qui est tombé dans la communauté, constitue de sa nature une créance et enfante une action mobilière, c'est, sans doute, dans un sens plus restreint, et *secundum subjectam materiam*, qu'il faut les interpréter. Il serait imprudent d'en conclure que la Cour s'est proposé de rompre sur ce point avec les traditions de sa jurisprudence antérieure, et d'y substituer ce principe nouveau, que même dans les relations des époux entre eux, lorsque l'on fait abstraction de la présence des créanciers pour considérer à quel titre les biens de la communauté sont passés dans leurs mains, la femme doit être envisagée en la qualité de créancière à raison de ce qu'elle en emporte pour se remplir de ses reprises; que cette qualité subsiste en dehors de l'intérêt qu'elle avait à l'opposer momentanément, *comme un bouclier*, aux créanciers; qu'enfin ce qu'elle a prélevé des objets de la communauté, en concours avec eux, doit être qualifié de paiement ou de dation en paiement.

Si cette théorie devait prévaloir, il faudrait donc admettre, contrairement à la jurisprudence aujourd'hui reçue, que l'action en reprise a nécessairement et toujours un caractère mobilier; que sa nature est indépendante de celle des objets sur lesquels elle porte, et qu'elle appartient dès lors, par le seul effet des dispositions de la loi, au donataire des meubles, à l'exclusion des héritiers. Il faudrait dire en même temps (car le droit fiscal, à moins d'une exception formelle, ne vit pas d'autres principes que le droit civil) que toute attribution de biens de la communauté à la femme acceptante, à raison de ses reprises, contient une mutation de propriété, comme tout paiement, et qu'elle donne, par suite, ouverture à la perception d'un droit proportionnel; solution tellement étrange, tellement exor-

bitante, que l'administration de l'enregistrement elle-même non-seulement n'a jamais soulevé une semblable prétention, mais encore l'a formellement proscrite dans toutes ses instructions, alors même que les prélèvements de la femme se seraient effectués dans un ordre différent de celui fixé par l'article 1471.

Mais il est impossible que cette théorie, si contraire à l'essence même des choses, si funeste dans ses conséquences, soit entrée dans la pensée de la Cour. Est-ce que les notions les plus élémentaires du droit ne répugnent pas à cette idée, d'un paiement fait à un propriétaire avec sa propre chose, d'un objet reçu à ce titre par celui qui avait déjà sur lui un droit de propriété? Elle a, d'ailleurs, été trop souvent et trop nettement condamnée par les arrêts dans lesquels la Cour a mis en relief le principe si vrai du droit de copropriété de la femme acceptante, soit en jugeant que l'action en reprises revêt le caractère juridique des biens sur lesquels elle s'exerce, et qu'elle appartient à l'héritier ou au donataire des meubles, suivant qu'elle a pour objet des immeubles ou du mobilier, soit en déclarant, en matière d'enregistrement, que l'effet de la renonciation de la femme étant de rendre le mari *seul* propriétaire de la communauté, cette renonciation donne ouverture à un droit de mutation sur les objets de communauté qui lui sont alors délivrés en paiement de ses reprises.

M. le procureur général, il est vrai, dans son réquisitoire, a nié ce principe de la copropriété de la femme; il l'a montrée comme une simple créancière dans ses rapports mêmes avec son mari ou ses héritiers, et alors qu'il ne s'agit que d'un partage à opérer entre eux.

Mais l'argumentation à laquelle il s'est livré sur ce point est-elle bien concluante? a-t-elle cette irrésistible vigueur de logique qui a prêté à sa parole, dans cette affaire, tant d'autorité et de légitime influence?

Si la femme, a-t-il dit, ne veut pas accepter une galerie de tableaux d'une valeur douteuse et improductive, en indemnité du prix de sa ferme aliénée, les héritiers du mari peuvent-ils l'y contraindre? Non, ajoute-t-il; elle n'est tenue de recevoir que des deniers, et elle fera saisir et vendre les biens de la communauté.

Mais dans ce système, répondrons-nous à notre tour, que de-

vient donc la disposition très-formelle de l'article 1471, portant que la femme prélèvera l'indemnité de ses propres aliénés d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et enfin sur les immeubles? Quelle place cet article laisse-t-il donc à une prétendue faculté pour la femme d'exiger autre chose que ce qui se trouve dans la communauté, et d'imposer à ses copartageants la vente de ses biens par voie de saisie et d'expropriation forcée? La loi fixe par avance l'ordre suivant lequel devra se faire l'attribution des différentes espèces d'objets qui existeront dans le patrimoine de la communauté, et ce règlement, qu'elle fait pour le cas où les copartageants ne tomberaient pas d'accord d'un autre mode plus approprié à leurs convenances, doit être respecté.

Veut-on apprécier à sa juste valeur cette argumentation du réquisitoire? qu'on retourne l'hypothèse.

La femme se trouve avoir le droit, aux termes de l'article 1471, de prélever un immeuble très-avantageux, qui offre des chances certaines de plus-value dans l'avenir, et cela pour l'indemnité d'une galerie de tableaux (puisque tel est l'objet choisi pour le besoin de la discussion) qui lui était propre, et que son mari a aliénée pour elle au plus haut prix. Les héritiers du mari peuvent-ils lui dénier le bénéfice de la loi et la contraindre à accepter, à la place du prélèvement qu'elle veut faire, une somme d'argent qu'ils auront puisée hors de la communauté? Comment oser le soutenir en présence de la disposition très-expresse de l'article 1471, qui non-seulement accorde à la femme le droit d'opérer son prélèvement en immeubles, mais qui, de plus, lui défère le choix de l'immeuble qu'elle veut prendre?

Et si les héritiers du mari n'ont pas ce droit, c'est qu'il n'est point exact de dire que la seule chose qui soit *in obligatione*, ce sont des deniers, et que les autres objets de la communauté, ne sont qu'*in facultate solutionis*; car la femme ne pourrait alors ni refuser des deniers ni exiger un immeuble.

Ce qui constitue le droit de la femme doit aussi constituer le droit du mari et de ses héritiers, et elle ne saurait être écoutée, lorsqu'en dehors d'une exception formulée par la loi, elle prétend leur faire une condition inégale et se soustraire à l'application de la règle qu'elle leur impose. Que cette règle puisse avoir pour elle quelquefois des inconvénients, nous le concédons sans peine; le cas tout à fait exceptionnel supposé par M. le procu-

reur général en fournit un exemple frappant. Mais il ne suffit pas de prouver qu'une disposition de la loi peut présenter un désavantage, dans certaines hypothèses, à celui que le législateur a voulu favoriser, pour qu'il soit établi que cette disposition n'est pas. Il ne suffirait pas même de montrer que ce désavantage n'est pas balancé par des avantages équivalents dans d'autres hypothèses. Tant que le législateur n'a point corrigé son œuvre et qu'il la laisse subsister, il faut l'appliquer dans ses termes précis.

Au tort qu'on lui reproche de pouvoir léser la femme en quelques occasions, l'article 1471 n'ajoute pas celui, nous l'avons vu, de ne pas lui offrir aussi parfois quelque avantage en compensation. Comment d'ailleurs la femme se plaindrait-elle? n'a-t-elle pas su, alors qu'elle consentait à l'aliénation de sa ferme, qu'il pourrait arriver, à la dissolution de la communauté, que par l'effet du règlement fait par la loi pour le paiement de ses reprises, elle devrait recevoir en indemnité une galerie de tableaux? n'a-t-elle pas su qu'en souscrivant à une transformation de sa fortune, elle remettait, dans une certaine mesure, ses intérêts à la discrétion de son mari, et s'abandonnait aux chances, peut-être désastreuses, qui résulteraient pour elle de l'état de la communauté à l'époque de sa liquidation?

Le principe du droit de copropriété de la femme acceptante sur les objets composant la communauté ne paraît donc devoir souffrir aucune atteinte sérieuse de cette attaque, et nous avons la confiance que la Cour, qui vient de le ramener avec tant de raison dans ses justes limites d'application, ne le désertera cependant pas, et continuera à lui faire produire, comme dans le passé, ses saines et légitimes conséquences.

3. — (CASSATION, 18 AOUT 1857; *Dalloz*, 57, 1, 333.) — Nous ne nous arrêterions pas à cet arrêt, qui ne fait que confirmer une jurisprudence dès longtemps fondée et aujourd'hui assise sur de nombreuses décisions, si la contradiction qu'un éminent auteur lui a opposée n'était de nature à rappeler l'attention des lecteurs sur la question, et ne rendait nécessaire un nouveau contrôle de la solution adoptée par la Cour.

Aux termes des articles 215, 218 et 222 du Code, la femme mariée ne peut ester en justice que sous l'autorisation de son mari, ou au moins du juge, à défaut de l'assistance maritale. Mais au refus ou en l'absence du mari, une autorisation nou-

velle et spéciale de la justice doit-elle intervenir pour chaque degré de juridiction? La femme autorisée à former une demande devant le tribunal a-t-elle besoin de solliciter une seconde fois son examen et son concours pour interjeter appel de la sentence qui repousse son action? ou bien l'autorisation originaire la rend-elle habile à porter, sans autre formalité, le débat devant le juge supérieur?

Par quatre arrêts du 5 août 1840, un autre du 4 mars 1843, un autre encore du 15 décembre 1847, la Cour avait déjà consacré, comme elle vient de le faire une fois de plus dans cet arrêt du 18 août 1857, la nécessité d'une autorisation distincte pour l'appel, et elle avait prononcé en même temps que cette règle tient à l'ordre public; que la femme ne peut renoncer au bénéfice de cette protection de la loi, et qu'ainsi tout arrêt statuant sur un appel dont la régularité n'est pas justifiée par la représentation d'une telle autorisation, est vicié d'une nullité radicale.

Nous croyons, pour notre part, que c'est avec beaucoup de raison que la Cour a adopté cette interprétation rigoureuse des dispositions relatives à l'autorisation de plaider. La règle en cette matière, c'est l'incapacité de la femme mariée; ce n'est que par exception qu'elle en est relevée. Or les exceptions ne sont pas susceptibles de s'étendre au delà de leurs termes précis. Lors donc que la femme est habilitée à se présenter en justice pour soutenir une demande devant le tribunal, sa capacité doit être restreinte à l'instance engagée devant lui; elle expire au moment où une décision rendue sur sa demande vient terminer cette instance. Par suite, si la femme veut recommencer devant d'autres juges un débat sur le mérite de son action et du jugement qui a refusé de l'accueillir, il faut qu'elle se munisse d'une nouvelle autorisation, afin de se créer une capacité nouvelle pour cette seconde instance.

L'article 222, d'ailleurs, ne permet aux juges d'investir la femme de la faculté de plaider qu'*en connaissance de cause*; et pour l'autoriser en connaissance de cause à plaider en appel, il faut bien qu'ils se livrent à l'examen du jugement et des éléments d'appréciation du litige qu'il a mis en lumière, et qui avaient pu ne pas apparaître lors de l'étude préalable de la question faite au vu des seuls titres de la femme.

M. Demolombe cependant ne partage pas cet avis, et mesure

d'une manière bien plus large l'étendue des pouvoirs que l'autorisation du juge confère à la femme. Sans doute, suivant lui, si elle n'a été donnée qu'incidemment à l'instance engagée, ou si elle n'a été formulée qu'avec cette restriction expresse, de ne valoir que pour le premier degré de juridiction, elle ne pourra servir de base à un appel régulier. Mais si, sollicitée par voie d'instance principale, elle est conçue en termes généraux, elle doit suffire pour le second degré aussi bien que pour le premier; car l'appel, dit-il, n'est pas, à proprement parler, une instance nouvelle, puisqu'il offre en général les mêmes questions à trancher, les mêmes titres à apprécier; c'est un recours ordinaire, qui doit entrer dans les prévisions de celui qui accorde à la femme l'autorisation, et il en forme une conséquence naturelle, à moins d'une limitation formelle. Que si d'ailleurs le danger de l'appel se révèle, le mari pourra toujours provoquer la révocation de l'autorisation, et ainsi on atteindra, sans inconvénient sérieux, le désirable avantage de ne pas multiplier les formalités et d'épargner à la fois du temps et des frais (Voy. t. IV, nos 285 et suivants, et 325).

Le savant professeur, on le voit, part de cette idée que toute la difficulté qu'il soulève se résout en une question d'appréciation de l'intention du mari ou du juge, et il fait complètement abstraction du principe de droit qui domine la matière et crée comme règle l'incapacité de la femme mariée; ou, pour mieux dire, il suppose un principe entièrement contraire; il prend pour le fondement de toute son argumentation la capacité de la femme comme règle, et il ne considère que comme une exception les dispositions de la loi qui l'obligent à se munir d'une autorisation pour ester en justice. Autrement, comment pourrait-il admettre qu'il faut entendre dans le sens de la faculté, et non de la prohibition de plaider, les termes vagues et généraux de l'acte d'autorisation? Mais cette règle à laquelle il s'attache est démentie par les textes, notamment par les articles 215, 216 et 222, qui interdisent à la femme mariée de se présenter sans autorisation en justice pour demander ou pour défendre, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens, même dans le cas d'absence légalement déclarée de son mari, à moins qu'elle n'ait à répondre à une poursuite criminelle. Tout le système d'interprétation de l'éminent jurisconsulte s'écroule donc par la base.

Est-il exact, d'ailleurs, de soutenir que l'appel ne constitue pas véritablement une instance nouvelle, qu'il n'est qu'une conséquence ordinaire de l'action, et qu'il a dû entrer dans les prévisions du juge au moment où il formulait son autorisation? Nous ne saurions le penser. Non, l'appel remet en question tout ce qu'une décision, définitive en ce sens du moins qu'elle a vidé le litige, avait établi entre les parties; il peut produire des appréciations souveraines, entièrement différentes, des faits et des titres; il peut même amener contre l'appelant, s'il provoque un appel incident, des condamnations bien plus lourdes, bien plus désastreuses que celles qu'il a encourues déjà. Comment ne pas voir dans un tel débat devant le juge supérieur une nouvelle instance, distincte, indépendante de celle à laquelle avait mis fin la sentence du premier juge?

Aussi il peut y avoir imprudence à engager cette seconde instance, et bien souvent il est sage de s'en tenir à la décision rendue. Le juge, qui accorde l'autorisation sur le seul exposé des prétentions de la femme, ne saurait l'ignorer, et il n'est point dès lors à présumer qu'il ait voulu l'affranchir du contrôle, et en même temps de la garantie d'un examen plus complet, avant de lui permettre de se lancer dans cette lutte de l'appel qui pourra ne lui offrir aucune chance sérieuse de succès, mais être au contraire pleine de périls pour ses intérêts.

Suffira-t-il, pour conjurer ce danger, d'armer le mari de la faculté de provoquer la révocation de l'autorisation? Ressource trop souvent illusoire, et qui laissera la femme abandonnée et sans protection, chaque fois que l'éloignement du mari investira de fait le tribunal de la plénitude du droit et du devoir de veiller sur ses actes, de lui ouvrir les portes de la justice ou de l'arrêter au seuil d'une instance téméraire?

Et pourquoi d'ailleurs obliger le mari, lorsqu'il est là pour exercer sa puissance comme chef de l'association conjugale, à se porter demandeur devant le juge afin de se faire remettre en possession de son autorité, plutôt que la femme, qui sollicite une dérogation à la règle de soumission à laquelle la loi l'assujettit?

La Cour de cassation a donc bien fait de maintenir intacte sa jurisprudence, sans s'arrêter à de telles considérations, impuissantes à contre-balancer l'influence des principes, dans une matière surtout qui ne se rapporte pas seulement à la fortune

de la femme et à la prospérité de la communauté, mais qui touche à un intérêt d'un ordre bien plus élevé, aux lois du mariage, aux pouvoirs du mari, à la direction et à l'administration de la société conjugale. Elle a bien fait de maintenir la nécessité d'une autorisation spéciale pour l'appel, sans laquelle la règle salutaire de l'incapacité de la femme mariée pour ester en justice se trouverait entamée, sans laquelle d'ailleurs ne pourrait pas être sérieusement rempli le vœu du législateur, alors qu'il prescrit au juge de n'accorder qu'en connaissance de cause l'autorisation qu'on réclame de lui.

4. Si cette jurisprudence prête le flanc à la critique, si elle doit être corrigée et réformée, loin que ce soit dans le sens de l'opinion du savant professeur de Caen, c'est bien plutôt, à notre avis, dans un sens directement contraire, pour donner plus d'énergie encore au principe sur lequel elle s'appuie. Nous ne comprenons pas bien, nous l'avouons, que l'arrêt du 10 août 1857, après avoir très-nettement déclaré que l'autorisation délivrée à la femme mariée par le juge n'est pas de nature à être extensivement interprétée, ait réservé du moins aux tribunaux la faculté d'autoriser par avance l'appel, en autorisant la demande, à la seule condition que ce soit en termes explicites. Il n'a fait en cela que reproduire la doctrine d'un précédent arrêt inédit, du 3 mai 1853, qui avait admis, par voie de rejet, qu'un tribunal peut valablement conférer à la femme, dès l'origine, le pouvoir d'appeler dans le cas où son action ne serait pas accueillie au premier degré de juridiction.

Qu'une pareille autorisation puisse émaner du mari, on le conçoit encore. C'est lui, en général, qui est le plus immédiatement et le plus directement exposé à souffrir, comme chef de l'association conjugale, des conséquences fâcheuses d'un procès soutenu avec une imprudente opiniâtreté. Quant à l'autorité maritale, elle ne saurait recevoir aucune atteinte s'il en use mal, ou même s'il renonce à s'en prévaloir dans une certaine mesure, puisque cette renonciation elle-même constitue un acte de son exercice. D'ailleurs, il a toujours à sa disposition un remède efficace contre les exagérations de sa propre confiance; l'autorisation n'étant que de son fait, il peut toujours la révoquer et ramener sa femme à l'impuissance de compromettre les intérêts qu'il lui avait pour un instant et trop facilement abandonnés.

Mais le juge, qui ne tient du législateur le droit d'habiliter la femme que sur le refus non justifié, ou bien dans les cas soit d'impuissance légale, soit d'absence du mari, le juge ne doit l'exercer qu'avec beaucoup de circonspection. Il convient d'abord qu'il n'intervienne que dans la limite de la nécessité, afin de ne pas porter une atteinte inutile à la prérogative du mari; et ensuite, qu'il se pénètre bien de la condition que la loi impose à son action, de ne rien autoriser qu'après un examen sérieux, comme aurait dû le faire un père de famille éclairé.

Or est-il possible qu'il obéisse à ce double devoir, lorsqu'il prodigue d'un seul coup à la femme l'autorisation de plaider aux deux degrés de juridiction, et devant le tribunal sur l'instance qu'elle va former, et devant la Cour sur une instance d'appel qui pourra n'être pas nécessaire et ne jamais exister? Qu'y a-t-il donc de si utile, de si pressant à anticiper ainsi sur l'avenir, à dépouiller le mari de son pouvoir de libre détermination, alors que peut-être le débat devant le premier juge lui révélera mieux l'importance et les ressources de l'affaire et modifiera ses impressions, de se substituer à lui, en un mot, en vue d'une pure éventualité, qui doit d'autant moins entrer dans les prévisions du tribunal, qu'il estime la demande de la femme fondée, puisqu'il l'autorise, et y attache conséquemment la présomption du succès?

Et non-seulement, par cette autorisation ainsi accordée à l'avance pour l'appel, il usurpe sur la prérogative du mari et s'empare de l'exercice absolu d'un droit dont il n'est jamais investi qu'à un titre exceptionnel et subsidiaire, mais il se met encore dans l'impuissance de donner pleine et entière satisfaction aux exigences de la loi et de sa propre conscience pour l'accomplissement de sa mission de tutelle et de sage protection. La loi lui recommande, en effet, de ne rien faire qu'avec soin et discernement; ce n'est pas une simple autorisation de forme qu'il doit conférer uniquement pour la régularité de la procédure; il doit se rendre compte du fond, afin de ne pas permettre à la femme de s'engager témérement dans une lutte qui ne saurait la conduire qu'à un échec. C'est pour ce motif qu'il doit appeler le mari et recevoir ses explications, lorsqu'il est présent, et qu'en son absence, il lui est prescrit par l'article 222 de n'autoriser la femme qu'en connaissance de cause.

Or, le peut-il faire pour l'appel, avant que le jugement qui

devra être attaqué soit rendu ? Au début du procès, le tribunal n'entend que la femme, ne voit que ses titres ; sa religion peut être facilement surprise ; car il ne prononce que sur une instruction tout à fait insuffisante. Qui sait même si la femme ne lui aura rien caché ? Elle ne lui montre son affaire que par le côté qu'il lui plaît et sous le jour qu'il lui convient de lui donner. Quelque éclairé, quelque subtil que soit le magistrat, il pourra se laisser décevoir. Dans ce cas, le jugement viendra révéler ce qu'elle aura dissimulé, ou même ce que ses titres, loyalement produits, pouvaient laisser ignorer. Ils auront été contrôlés par ceux de l'adversaire ; l'instruction se sera complétée ; la vérité aura pu se dégager par la contradiction des prétentions et des arguments des parties. Il faudra, pour autoriser l'appel en connaissance de cause, que le juge tienne compte de ces éléments nouveaux, sur lesquels se fonde la première décision ; qu'il recherche si le droit dont excipe la femme n'a pas dû céder à un droit supérieur, qui ne lui avait pas apparu d'abord ; si enfin cette décision ne repose pas sur des moyens péremptoires, qui résisteront aux critiques de l'appel. Toute cette étude ne peut être évidemment faite qu'au vu du jugement intervenu ; elle ne saurait le précéder, et il y aurait de la part du tribunal une bien présomptueuse témérité à présager à l'avance le mérite d'une décision formée sur un débat contradictoire, et à la condamner avant même qu'elle ait parlé. C'est là une si évidente conclusion qu'il y aurait quelque naïveté à insister sur sa démonstration.

Mais admettons que dans quelques circonstances la question à trancher soit assez nette, assez simple, assez claire, pour ne pas laisser place au doute, que la solution nécessaire en puisse être aperçue avec certitude au premier coup d'œil, qu'une décision différente ne puisse être que le résultat d'une erreur flagrante, le juge ne pourra pas encore autoriser d'avance et à l'aveugle un appel ; il devra, au contraire, s'en abstenir avec d'autant plus de soin que le droit lui paraîtra moins contestable. Car il sera à présumer pour lui que si la demande de la femme n'est pas accueillie, dans ce cas, au premier degré de juridiction, c'est qu'elle se heurtera à quelque fin de non-recevoir engendrée par un fait demeuré dans l'ombre, et qui, sans toucher au fond du procès, ne permet plus à sa prétention de se produire devant la justice. Pour qu'en présence d'une exception de cette nature, l'appel puisse raisonnablement être tenté, il

faudra vérifier, non pas si le droit revendiqué par la femme existe, mais si la justice peut en écouter la réclamation ; car, quelque fondée qu'elle puisse être en elle-même, elle ne saurait constituer le véritable terrain du débat sur l'appel, et le juge, dès lors, ne pourra autoriser en connaissance de cause cette seconde instance qu'après avoir lui-même sondé et reconnu ce terrain. Dans ce cas donc encore, malgré la simplicité réelle de la question de droit qui formera le fond de l'affaire, il lui sera impossible d'étendre par avance à l'appel, sans manquer à son devoir, l'autorisation d'ester en justice.

La législation des communes ne s'y est pas trompée. Elle a parfaitement compris que, pour que l'autorisation de plaider devînt pour elles une garantie sérieusement utile, il fallait qu'elle fût spéciale à chacune des instances qu'elles auraient à introduire ; qu'en dehors de ce contrôle spécial elle n'offrait plus qu'une pure formalité, et que les intérêts qu'il s'agissait de couvrir manqueraient de la protection efficace qu'on voulait leur assurer. Aussi l'article 49 de la loi du 18 juillet 1837 a-t-il prudemment interdit ces autorisations collectives, accordées à l'origine pour les deux degrés de juridiction, et condamné, sur ce point, la facilité de quelques décisions antérieures, qui avaient adopté, relativement aux communes, la doctrine vicieuse dont nous retrouvons la consécration dans l'arrêt du 9 mai 1853, et dans les motifs de celui du 19 août dernier.

Les femmes mariées sont, comme les communes, placées par la loi en état de tutelle, en ce qui concerne le droit de plaider. Les raisons tout à fait décisives qui ont déterminé le législateur à proscrire pour les communes l'abus des autorisations d'appeler conférées à l'avance, exigent l'application aux femmes mariées de la même théorie ; et, dès lors, nous comprendrions difficilement que la Cour de cassation fût engagée sans retour, par ces deux arrêts, dans une voie qui ne peut aboutir qu'à les priver, dans bien des circonstances, du bénéfice de la mesure de sage protection, dont elle-même proclame et maintient énergiquement la nécessité légale¹.

5. — (CASSATION, 1^{er} JUILLET 1857 ; *Dev.*, 57, 1, 743 ; *Dalloz*,

¹ Nous devons dire cependant qu'un troisième arrêt de la Cour, rendu le 1^{er} mars de cette année, pendant que ces lignes s'imprimaient, vient de confirmer la jurisprudence de l'arrêt du 9 mai 1853, et de donner un démenti à nos prévisions.

57, 1, 307.) — Par cet arrêt, la Cour régulatrice a frappé de cassation un arrêt de la Cour de Paris, du 8 août 1855, qui avait été déjà l'objet de notre critique dans l'examen doctrinal du mois d'avril 1856 (V. *Revue*, t. VIII, p. 294).

Cet arrêt avait décidé que les dispositions des articles 151 et suivants du Code de commerce, qui déterminent les formalités à accomplir au cas de perte d'un effet de commerce pour en obtenir le paiement, ne sont pas prescrites par le législateur à peine de nullité, et qu'en conséquence l'acte de protestation peut conserver, en cas de refus de paiement, tous ses droits au porteur contre les endosseurs, encore qu'il n'ait point été précédé d'une demande faite en vertu d'une ordonnance préalable du juge.

Un ancien arrêt de la Cour de cassation, du 3 mars 1834, avait condamné cette erreur et déclaré, au contraire, l'observation de ces formalités, avant la demande de paiement de l'effet perdu et l'acte de protestation, obligatoire à peine de déchéance de tout recours contre les endosseurs; mais il avait essuyé d'assez vives contradictions de la part de plusieurs écrivains distingués, et, quoique défendu par M. Horson avec une grande autorité, il n'avait pu fixer encore la jurisprudence. La Cour de Paris avait cru pouvoir se dispenser de s'y soumettre.

Le nouvel arrêt de cassation qui vient d'être prononcé, et qui confirme l'interprétation fort exacte des articles 151 et suivants, consacrée par celui du 3 mars 1834, nous paraît de nature à mettre fin à tout débat sur ce point important, parce que sa rédaction, très-supérieure à celle du précédent arrêt, répond d'un mot aux attaques dont sa doctrine avait été l'objet; et c'est pour signaler ce progrès de la jurisprudence aux lecteurs de la *Revue*, que nous avons voulu revenir aujourd'hui sur cette question déjà traitée par nous.

L'arrêt de 1834 n'avait donné à sa décision d'autre fondement que la combinaison des textes de la loi. Du rapprochement des articles 151, 152 et 153, avait dit la Cour, il résulte que l'acte de protestation doit être nécessairement précédé de l'ordonnance du juge et des conditions prescrites par ces dispositions, en vertu desquelles la demande est formée. Or, l'article 175 assimile cet acte de protestation au protêt; donc les formalités en sont obligatoires comme celles du protêt.

Cette argumentation était assurément très-suffisante pour

justifier la solution rigoureuse à laquelle s'attachait la Cour : car, dès que le législateur a parlé, les tribunaux doivent faire respecter sa volonté, et ils doivent conséquemment tenir la main à l'observation des formalités qu'il a imposées pour la validité d'un acte et la conservation d'un droit, alors même que l'utilité n'en apparaîtrait pas bien clairement. Mais comme, dans ce cas particulier, l'expression de la volonté du législateur n'était peut-être pas assez nette et explicite, et que ce n'était que dans un article relatif à la matière sans doute, mais étranger à l'hypothèse spéciale d'un billet perdu, et à l'aide d'un emprunt de principe en quelque sorte, que la Cour avait reconnu et établi cette volonté, les auteurs, qui n'étaient pas frappés des raisons par lesquelles la sévérité de ces prescriptions se légitimait, s'efforçaient de contester la relation nécessaire des textes rapprochés par elle, et les déductions de droit qu'elle en avait tirées.

La Cour, dans son nouvel arrêt, a voulu tarir cette source de controverse, en substituant l'explication de la loi dans son esprit à l'explication de son texte, en rappelant que la présentation de l'effet étant une des conditions du paiement, les formalités destinées à y suppléer, lorsqu'elle est devenue impossible par sa perte ou sa destruction, constituent elles-mêmes une condition du paiement et revêtent le même caractère d'obligation légale.

Et, en effet, on ne l'avait pas assez remarqué, l'accomplissement des formalités des articles 151, 152 et 153 du Code de commerce rentre essentiellement dans cet ensemble de règles coordonnées par le législateur pour assurer en réalité au papier de commerce la valeur d'un signe monétaire que lui attribue la convention, en débarrassant sa circulation de toute entrave, et qui se résument dans les droits et les devoirs du porteur.

Si le porteur a le droit d'exiger le paiement de l'effet sur sa seule présentation et sans autre justification de titre que sa possession, s'il a le droit d'exiger que le paiement ne soit fait qu'à lui seul et de méconnaître celui qui aurait pu être effectué en d'autres mains, si, enfin, son droit s'étend du créateur à tous les endosseurs qui ont cautionné le billet de leur signature, il est tenu par contre, à l'égard de ceux-ci, de demander régulièrement le paiement du débiteur commun à l'échéance, et, en cas

de refus, d'exercer son recours sans aucun délai ; et ce double devoir lui est prescrit à peine de déchéance de ce recours ; car, d'une part, les endosseurs ont intérêt à voir leur sort fixé de suite et à ne pas rester sous le coup d'une incertitude prolongée, qui entraverait leurs opérations ; et, d'autre part, le retard d'un seul jour peut produire l'insolvabilité du débiteur et les exposer à supporter une perte qui, en définitive, ne doit pas retomber sur eux. L'exercice du recours du porteur est alors subordonné à la condition d'un acte de protêt, dressé le lendemain de l'échéance pour constater et l'accomplissement de ses devoirs par la formation d'une demande régulière de paiement, et le refus illégitime du débiteur.

Mais cette corrélation de droits et de devoirs, qui se lient les uns aux autres, suppose l'existence du billet, puisque c'est la demande régulière du paiement à l'échéance, dont sa présentation est, comme l'a dit la Cour, la condition indispensable, qui forme le pivot de tout le système organisé par la loi. Sans cette présentation, en effet, le débiteur aura le droit, nous ajoutions même le devoir de refuser le paiement ; le droit, pour sa propre sécurité, car, après avoir payé, il pourrait être contraint de payer une seconde fois sur la présentation du billet ; le devoir, pour la garantie et du véritable créancier, auquel il est tenu de réserver ses ressources, et des endosseurs coobligés avec lui, qu'il ne doit pas exposer à un recours de la part de ce véritable créancier, en livrant imprudemment son actif à un autre et en se réduisant, par là, à l'impuissance d'acquitter l'effet. Or, le créancier, qui n'a pas placé le débiteur dans la nécessité de payer au jour de l'échéance par une demande régulière, ne peut faire supporter aux endosseurs les conséquences d'un refus légitime de paiement.

Est-ce à dire pour cela que la perte de l'effet sera irréparable pour le porteur, et qu'en faisant obstacle à toute demande régulière et obligatoire de paiement, elle le dépouillera du droit de faire valoir la caution solidaire des endosseurs, comme au cas d'une omission par négligence des devoirs que la loi lui impose vis-à-vis d'eux ? Il y aurait eu une profonde iniquité à le décider ainsi, à assimiler dans ses conséquences juridiques une impossibilité matérielle à une faute personnelle ; les principes du droit ne répugnaient pas moins que la justice à un tel résultat.

Pour l'éviter, il a donc fallu chercher un tempérament qui

pût concilier avec l'intérêt du porteur malheureux les exigences d'une matière si délicate, qui permit de suppléer à la condition essentielle de la présentation de l'effet, sans renverser ni ébranler tout cet édifice de règles précises, destinées à procurer au commerce la rapide circulation de son papier, en ménageant de la manière la plus complète la sûreté de tous, porteurs et endosseurs. Ce tempérament, les articles 151 et suiv. du Code de commerce ont pour but de le créer. Que celui qui a perdu l'effet justifie de sa propriété de la créance, qu'il fournisse caution, et le juge lui délivrera une ordonnance en vertu de laquelle il pourra réclamer le paiement sans représenter l'effet. La demande du paiement qu'il fera alors à l'échéance en vertu de ce titre, sera tout aussi obligatoire que s'il s'adressait au débiteur son billet à la main, et celui-ci n'aura plus aucun motif légitime de le lui refuser; car il se verra à couvert d'une demande nouvelle de la part de tout porteur de l'effet, puisqu'il sera fondé à le renvoyer à celui qui aura reçu les deniers de par l'autorité de justice et sous caution; et les endosseurs n'auront, pas plus que lui, aucune action à craindre, aucun recours à essayer. Ainsi se trouvera complètement rétabli l'équilibre de la législation, compromis par la perte de l'effet. Les choses suivront leur marche sans interruption, et si le débiteur, mis en demeure de s'acquitter par la représentation de l'ordonnance du juge, ne le fait pas, le porteur de l'ordonnance pourra faire dresser un acte de protestation le lendemain de l'échéance, comme il eût fait faire le protêt dans les cas ordinaires, afin de se réserver le recours qui lui est ouvert contre les endosseurs sur le refus de paiement non justifié du débiteur.

On comprend, dès lors, toute l'importance de cette ordonnance, sans laquelle, en l'absence du titre, le créancier ne peut obliger le débiteur à payer à l'échéance. Les articles 151 et suivants du Code de commerce forment, on le voit, le complément indispensable du système général de notre législation, puisque, sans eux, le jeu en serait complètement arrêté par la perte de l'effet. Ils doivent donc participer du caractère strict et sévèrement obligatoire imprimé à toutes les dispositions essentielles de cette législation, et lors même que les textes pourraient prêter à quelque équivoque et laisser place au doute sur ce point, ce serait encore avec beaucoup de raison que la Cour de cassation, s'inspirant de l'esprit de la loi et des néces-

sités juridiques de la situation, se serait attachée à la solution de ses arrêts des 3 mars 1834 et 1^{er} juillet 1857.

Et vainement on objecterait l'impossibilité où pourra quelquefois se trouver le créancier de se conformer avant l'échéance, faute de temps, aux exigences de ces dispositions. Il faudra un concours de circonstances bien rare pour empêcher l'accomplissement utile de formalités aussi sommaires. Mais encore si ce concours se réalise, s'il est démontré qu'un cas de force majeure a réellement fait obstacle à ce que l'ordonnance du juge fût obtenue préalablement à la demande de paiement, le créancier puisera un secours efficace dans les principes généraux du droit. La force majeure fait exception à toutes les règles; il ne peut y avoir une violation de la loi imputable que lorsque la loi a pu être exécutée, et le juge, par application de cette exception légale, relèvera le créancier de toute déchéance.

C'est sous la réserve de ce principe, qui n'avait d'ailleurs pas besoin d'être exprimée, que l'arrêt du 1^{er} juillet 1857 a consacré de nouveau la nécessité de l'observation des formalités qui nous occupent, préalablement à toute demande de paiement; et il nous paraît peu vraisemblable qu'une doctrine si bien justifiée, et en outre dégagée de tout inconvénient sérieux dans ses conséquences par l'effet d'une telle réserve, puisse à l'avenir être remise en question par les auteurs ou la jurisprudence.

FL. MIMEREL.

DROIT INTERNATIONAL. — PRIVILÈGES DIPLOMATIQUES.

DE LA RENONCIATION AU PRIVILÈGE DE L'EXEMPTION
DE JURIDICTION.

Par M. A. VILLEFORT, juriconsulte du ministère des affaires étrangères.

De tout temps les nations ont eu des différends à terminer, des affaires à régler, des intérêts plus ou moins vastes à sauvegarder ; mais, à la différence des individus, elles ne peuvent traiter ensemble immédiatement, et cette voie, pour ceux qui les gouvernent, n'est guère plus praticable, au moins d'une manière permanente. Aussi les nations (dans la langue politique *le souverain*) communiquent entre elles par l'entremise de mandataires, de délégués, investis de leurs pleins pouvoirs et chargés de négocier et de traiter en leur nom. La nécessité de ces délégués, ministres publics, représentants plus ou moins solennels du souverain, étant admise, il devenait non moins indispensable de créer à leur profit une situation exceptionnelle, susceptible de leur garantir, d'une manière aussi complète que possible, l'indépendance et la sécurité, pour le libre accomplissement de leur mission.

Tel est le fondement du droit d'ambassade, telle est la source des privilèges diplomatiques à la sauvegarde desquels les nations sont toutes également intéressées, en vertu des droits et des devoirs réciproques qui les unissent.

Parmi ces privilèges, l'exemption de juridiction est certainement l'un des plus considérables, et celui qui va le plus directement au but, puisque l'agent diplomatique, se trouvant affranchi aussi bien de la juridiction criminelle que de la juridiction civile du pays dans lequel il réside, échappe ainsi à toute coercition, et jouit de la protection la plus complète qui puisse résulter de l'inviolabilité attachée à sa personne. Aussi tous les publicistes, et, à leur suite, le droit des gens usuel, admettent-ils d'une manière à peu près absolue, en matière personnelle, que le ministre public étranger ne peut être traduit devant la juridiction locale, ni être jugé par elle.

Tous les publicistes, disons-nous, sont d'accord sur ce point ; ajoutons que c'est à peu près le seul auquel ils s'attachent dans

l'examen de cette matière. Mais il est un autre côté de la question fort négligé par eux : c'est le point de savoir si et dans quelles limites le ministre public peut renoncer au privilège de l'exemption de juridiction.

On ne trouve guère que Bynkershoek parmi les anciens auteurs, et Merlin dans les modernes, qui examinent la question avec quelque développement ; mais, en général, on peut dire que la plupart des publicistes s'abstiennent de la traiter, se bornant à l'indiquer, et que, sous certains rapports, notamment au point de vue pratique, elle est à peu près neuve.

Aujourd'hui que les relations des peuples vont se multipliant de plus en plus, et que, par suite, le droit international tend chaque jour à prendre une nouvelle importance, il nous a paru qu'il y aurait quelque intérêt à étudier dans ses développements une question peu connue, et qui, dans la pratique, peut donner lieu aux applications les plus délicates du droit civil et du droit criminel dans leurs rapports avec le droit des gens.

Nous diviserons ce travail en deux parties : Matière civile, — Matière criminelle.

1. — Matière civile.

La question de renonciation au privilège de l'exemption de juridiction en matière civile, peut se présenter dans deux hypothèses qui, comme on le verra du reste, se ramènent aux mêmes termes.

1° L'agent diplomatique assigné devant les tribunaux du pays où il réside, loin de décliner leur compétence, l'accepte et consent à jouer le rôle de défendeur.

2° L'agent diplomatique qui a une action civile à exercer contre un sujet du pays dans lequel il réside, saisit de sa demande les tribunaux de ce pays.

Au premier abord, la seconde hypothèse paraît offrir beaucoup moins de difficultés que la précédente. Il semble, en effet, qu'il n'y ait point d'inconvénient à ce que l'agent diplomatique se constitue demandeur, le danger ne consistant, en cas d'insuccès, qu'en une condamnation aux dépens. En examinant la question de plus près, on est bientôt amené à reconnaître que, au fond, la situation est identique, et que la renonciation du ministre public à l'exemption de juridiction, qu'elle se manifeste par l'acceptation du rôle passif de défendeur ou par l'initia-

tive du rôle actif de demandeur, peut, dans un cas donné, aboutir aux mêmes conséquences.

En effet, même en admettant que le rôle de demandeur n'amène qu'une condamnation aux dépens, restera toujours la question de savoir comment pourra s'exécuter cette condamnation, si, ultérieurement, l'agent diplomatique refusait d'y obtempérer? Évidemment il faut admettre que cette condamnation pourra recevoir son exécution dans une certaine mesure, car on ne saurait reconnaître à un plaideur, quel qu'il soit, le droit de se constituer demandeur, de suivre sur cette demande, et de pouvoir néanmoins se soustraire aux conséquences d'une situation créée par lui, lorsque le résultat sera contraire à ses prévisions.

On voit que, dans le cas même d'une simple condamnation aux dépens, le privilège diplomatique peut se trouver gravement engagé, puisque l'exécution de la condamnation implique la violation de ce privilège. — Mais il y a plus : le rôle de demandeur pris par le ministre peut, dans un cas donné, le placer forcément dans la situation de défendeur.

Tel serait le cas où la partie attaquée répondrait à la demande de l'agent diplomatique par une demande reconventionnelle. Alors les rôles seraient intervertis, et, en cas d'admission de la demande reconventionnelle, le demandeur principal pourrait avoir à supporter les mêmes conséquences qu'un défendeur ordinaire.

On est donc forcément amené à cette conclusion que la renonciation au privilège de l'exemption de juridiction, aboutissant dans un cas comme dans l'autre à des conséquences analogues, la double question posée au commencement de notre première partie doit recevoir une même solution. Si l'agent diplomatique peut renoncer à son privilège en tant que demandeur, il le peut en tant que défendeur.

La question étant ainsi posée, résumons les conséquences qui peuvent résulter de ce double rôle de demandeur ou de défendeur dans un procès civil accepté par le ministre public.

Si la partie défenderesse répond à la demande de l'agent diplomatique par une demande reconventionnelle, l'agent sera obligé de se soumettre à la sentence du même juge.

Si l'agent diplomatique gagne sa cause et que la partie ad-

verse vienne à appeler de la sentence, l'agent sera obligé de se soumettre à la juridiction du tribunal d'appel.

Enfin, dans tous les cas, la condamnation, quelle qu'elle soit, si elle est encourue par l'agent diplomatique, devra recevoir son exécution.

Dans quelle mesure? C'est là ce qui complique véritablement la question.

Il est à craindre, en effet, que cette exécution ne puisse avoir lieu sans que la qualité dont est revêtu l'agent diplomatique ait plus ou moins à en souffrir; et la préoccupation qui résulte de ce point de vue, la difficulté de tracer des limites précises, expliquent suffisamment la perplexité des publicistes, lorsqu'ils sont appelés à se prononcer dans ces matières délicates.

Et d'abord le ministre public peut-il renoncer au privilège qui le couvre?

Il est peu de questions sur lesquelles les publicistes soient plus divisés, et la plupart moins explicites. Les uns déclarent que l'exemption de la juridiction locale ne s'applique pas aux affaires contentieuses dans le jugement desquelles le ministre s'est porté volontairement partie¹. Les autres sont portés à refuser à l'agent diplomatique la faculté de renoncer au privilège qui l'exempte de la juridiction locale; ils voient dans l'existence de ce privilège une raison d'ordre public, un droit qui appartient au prince dont l'ambassadeur tient ses pouvoirs plus qu'à l'ambassadeur lui-même. Aussi disent-ils que ce dernier ne peut renoncer à son droit sans la participation, sans l'assentiment de son souverain².

D'autres enfin, partisans plus ou moins absolus de l'indépendance des ministres publics, distinguent: ils admettent que le ministre peut former une demande devant le juge du lieu de sa résidence, mais que la renonciation au privilège de l'exemption de juridiction qui résulte de cette demande, ne peut engager cet agent à autre chose qu'à permettre de juger et de prononcer, mais non pas d'exécuter la sentence, *s'il peut en résulter quelques empêchements pour l'ambassade*³.

Cette dernière théorie, quoique vague et prêtant à l'arbitraire,

¹ Wheaton, *Éléments du droit international*, t. I, p. 200 (2^e édition).

² Vattel, *Droit des gens*, t. II, p. 814 (édition de 1820).

³ Bynkershoek, *De foro legatorum*, cap. 23, *in fine*. — Martens, *Précis du droit des gens*, t. II, p. 84 à 90 (édition de 1831).

est peut-être la meilleure dans une matière où l'on peut dire plus raisonnablement qu'en toute autre qu'il n'y a rien d'absolu. Elle a, de plus, l'avantage de se rapprocher des principes enseignés par les anciens publicistes, par ceux qui ont fondé la science. En général, dans cette matière des immunités diplomatiques, l'usage, le *fait* a toujours tendu à exagérer le *droit*, et cette tendance n'a rien qui doive étonner quand on considère qu'il s'agit de privilèges, c'est-à-dire de cette nature de droits qui, par eux-mêmes, cherchent toujours à s'agrandir.

Quand on se réfère aux principes posés par les publicistes, on constate que le privilège diplomatique, dans son sens le plus général, est fondé sur la dignité du caractère *représentatif* auquel les agents diplomatiques participent plus ou moins.

Il suit de là que, rigoureusement, l'immunité n'existe que pour les choses et dans les cas qui intéressent réellement *ce caractère représentatif*. Lorsque le caractère officiel n'est point en cause, n'a aucune atteinte à redouter, l'immunité disparaît parce qu'elle n'a plus de raison d'être.

C'est ainsi que les publicistes ont été conduits à admettre d'assez nombreuses exceptions au principe de l'exemption de juridiction, par exemple en ce qui concerne les biens immeubles du ministre ¹ et les biens meubles que le ministre possède par suite d'opérations commerciales, ou encore comme exécuteur testamentaire.

L'un des auteurs qui s'est montré le plus porté à défendre les droits des ministres publics, Wicquefort, regardait même comme ayant renoncé au privilège de juridiction le ministre qui avait contracté par-devant notaire ².

Pour résumer d'un mot l'opinion de la plus grande partie des publicistes sur l'exemption de juridiction, on peut dire que le privilège des ministres publics ne regarde que les biens qu'ils possèdent comme ministres, et sans lesquels ils ne pourraient exercer les fonctions de leur emploi.

On admet généralement que l'exemption de juridiction s'étend à la suite des ministres, aux secrétaires, aux attachés; mais on peut ajouter, ce semble, que, dans la pratique, la cause même qui crée les privilèges, le *caractère plus ou moins repré-*

¹ Excepté toutefois l'hôtel même de l'ambassade.

² Merlin, *Répertoire*, v^o *Ministre public*, sect. 5, § 4, art. 3 et 9.

sentatif de l'agent qui se trouve en cause, devra, joint à la gravité des intérêts engagés, être pris en sérieuse considération. Il est évident que plus le degré hiérarchique de l'agent diplomatique s'abaisse, plus le caractère représentatif s'amointrit, et que, par suite, la renonciation au privilège tend à devenir plus ou moins facultative.

Toutefois, on doit dire que la jurisprudence française est fixée sur la question de principe; elle décide que les attachés d'ambassade ne peuvent, pas plus que les chefs de missions eux-mêmes, être poursuivis devant les tribunaux pour l'exécution de leurs obligations ¹.

Cette observation amène naturellement à se demander ce qu'il faut entendre par le privilège de l'exemption de juridiction, et quand il y a violation de ce privilège.

Le privilège de l'exemption de juridiction repose sur une fiction connue dans la langue du droit des gens sous le nom d'*exterritorialité*, et d'après laquelle on suppose que le ministre résidant actuellement en pays étranger demeure encore, avec tous ses biens meubles, sur le territoire de son propre souverain. — Cette fiction aidant, le ministre étranger est censé n'être soumis qu'à l'autorité de son propre gouvernement.

Mais, il importe de le remarquer, la fiction de l'*exterritorialité*, quelque étendue qu'on la suppose, est insuffisante par elle-même, d'après nos lois du moins, pour expliquer le privilège de l'exemption de juridiction. En effet, en règle générale, le fait de se trouver sur un sol étranger n'empêche pas d'assigner l'étranger devant les tribunaux français. L'article 14 du Code Napoléon permet de traduire devant les tribunaux français l'étranger *résidant en pays étranger*, même pour des engagements contractés en *pays étranger* envers un Français. Si donc l'immunité qui couvre l'agent diplomatique se bornait à le supposer domicilié dans sa patrie, cette immunité serait par elle-même insuffisante pour l'affranchir de la juridiction française, et, à ce point de vue, on peut dire que l'*exterritorialité* ne serait qu'une chimère ².

¹ V. Gilbert, *Code civil annoté*, sur l'article 3, n° 12. — Jugement du tribunal civil de la Seine, du 10 août 1855 (*Gazette des tribunaux* du 1^{er} septembre 1855). — Arrêt de la Cour impériale de Paris, du 14 août 1857 (*Gazette des tribunaux* du 15).

² Nous devons dire que la disposition de l'article 14 du Code civil a sou-

La véritable base du privilège diplomatique réside dans l'idée d'*inviolabilité* attachée à la personne de l'ambassadeur, en raison, comme on l'a dit plus haut, du caractère représentatif dont il est investi, et comme garantie du libre exercice des fonctions qui lui sont confiées¹.

L'exterritorialité n'est qu'un des moyens de consacrer cette inviolabilité, en supposant le ministre resté, lui et ses biens, sur son propre territoire. Ce n'est qu'une fiction qui disparaît, comme toutes les fictions, devant la réalité, et conséquemment devant la renonciation au privilège. Mais l'idée d'inviolabilité inhérente à la qualité de ministre public n'en subsiste pas moins.

Avec cette distinction, il semble qu'on peut déterminer d'une manière assez précise l'étendue de la renonciation que le ministre étranger peut faire, de lui-même, à la somme de ses privilèges. L'inviolabilité qui couvre sa personne, et par suite ses fonctions et les choses de l'ambassade, appartient à son souverain, à sa nation, qu'elle intéresse plus que lui-même. Il ne pourra donc faire une renonciation qui porte atteinte à cette inviolabilité même; mais il pourra faire cesser l'*exterritorialité* en tout ce qui ne sera pas strictement nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

En effet, si l'on examine bien le caractère et le but de cette fiction, on verra que, pour qu'il y ait lieu de l'appliquer, elle

levé d'assez vives critiques. M. Foelix, entre autres, l'a dénoncée comme contraire au droit des gens et aux législations de la plupart des autres pays, et comme ayant donné lieu à des mesures de rétorsion au préjudice des Français. V. *Traité du droit international privé*, n° 169 et 188 (3^e édition).

¹ Suivant Bynkershoek (V. *De foro legatorum*, cap. 2 et 5), l'exemption de juridiction serait fondée non sur l'inviolabilité mais sur la sujétion, c'est-à-dire sur cette idée que l'ambassadeur n'étant point regardé comme sujet de la puissance auprès de laquelle il est envoyé, est réputé n'avoir pas quitté son pays, et conséquemment ne doit pas être soumis à la juridiction de l'autre. On vient de voir que l'article 14 du Code Napoléon ne s'est point arrêté à cette théorie. Mais sans qu'il soit besoin de discuter la valeur des critiques dirigées contre cette disposition, un mot suffit pour démontrer que le raisonnement de l'écrivain hollandais n'est qu'une pétition de principe. En effet, pourquoi cette supposition est-elle admise que l'ambassadeur est resté dans son pays, si ce n'est parce que sa personne étant à priori réputée inviolable, on a dû inventer une fiction dont le but fût de garantir, autant que possible, cette inviolabilité. Donc pour expliquer l'exemption de juridiction, résultat de la fiction de l'exterritorialité, il faut nécessairement remonter à l'idée d'inviolabilité.

suppose toujours et nécessairement que celui qui peut l'invoquer est, si l'on peut s'exprimer ainsi, dans une position défensive. On n'a pas voulu que l'agent diplomatique pût être attaqué devant les tribunaux sous prétexte d'obligations personnelles, à cause des inconvénients très-graves qui eussent pu en résulter pour ses fonctions. Mais ces inconvénients ne sont plus à craindre lorsqu'il s'agit d'une demande formée par lui, c'est-à-dire d'une action émanée de sa propre initiative, dont il a pu d'avance mesurer les conséquences. Il en est de même lorsque pouvant repousser *de plano*, en vertu de sa seule qualité, l'agression dirigée contre lui, il consent, de son plein gré, à jouer le rôle de défendeur ; et il semble qu'on satisfait à toutes les convenances internationales, en faisant cette réserve que l'exécution de la sentence ne pourra s'étendre jusqu'à la mainmise sur la personne du ministre et sur les objets indispensables à l'exercice de ses fonctions.

On peut donc admettre que le ministre étranger qui a formé une demande devant les juges du lieu de sa résidence, ou qui a accepté leur juridiction en défendant à une demande formée contre lui, se soumet aux conséquences suivantes :

1° S'il est condamné aux dépens, il devra les payer.

2° S'il gagne sa cause et que le défendeur vienne à appeler de la sentence, il devra se soumettre à la juridiction d'appel.

3° Si, à sa demande, le défendeur répond par une demande reconventionnelle, il devra se soumettre à la sentence du même juge ;

Et l'exécution des condamnations pourra s'effectuer, en dehors de sa personne, sur tous les biens qu'il ne possède pas en qualité de ministre ¹.

La renonciation à l'exemption de juridiction doit-elle être expresse ou peut-elle s'induire de certains faits ? — Le tribunal de première instance de la Seine a rendu récemment, dans une espèce assez remarquable, un jugement qui montre que ces questions n'appartiennent pas, comme on pourrait le croire, à

¹ Ceci peut donner lieu à des appréciations délicates, il faut le reconnaître. Aussi, dans la pratique, devrait-on se montrer très-large pour éviter des complications. La saisie devrait épargner tout ce qui peut être contesté. Fynkershoek a essayé de donner une énumération des choses qui ne peuvent être saisies. V. son traité *De foro legatorum*, cap. 16.

la pure théorie. — M. de Silveira, conseiller de la légation de Portugal à Paris, a introduit une instance en séparation de corps contre sa femme devant les tribunaux portugais. Madame de Silveira, Française d'origine, a, de son côté, formé contre son mari une demande en séparation de biens devant les tribunaux français. Subsidièrement, elle demandait la nomination d'un administrateur judiciaire chargé de prendre certaines mesures conservatoires, et, en outre, une provision alimentaire. M. de Silveira opposait à cette triple demande une exception d'incompétence fondée sur la qualité d'étrangers commune à lui et à sa femme, devenue Portugaise par son mariage, *et sur son titre d'agent diplomatique.*

Le tribunal s'est déclaré incompétent sur les deux premiers chefs de la demande de madame de Silveira, en se fondant simplement sur ce que la contestation s'élevait entre étrangers, mais il a admis la demande en provision.

Voici les termes du jugement sur ce dernier point :

« Le tribunal,

» Attendu que l'obligation des époux de se fournir des aliments est de droit naturel ;

» Que son exécution peut être réclamée même entre étrangers devant les tribunaux français, alors surtout que le mari refuse, comme dans l'espèce, de recevoir sa femme au domicile conjugal, et qu'une instance en séparation de corps existe entre les époux ;

» *Que la qualité d'agent diplomatique de Silveira saurait d'autant moins faire obstacle à l'application de ce principe que Silveira s'est soumis à l'obligation de payer une pension alimentaire à sa femme suivant une convention dans laquelle il a déclaré, ainsi que la femme Silveira, être domicilié à Paris ;*

» *Qu'en outre, il a déposé à la caisse des consignations la somme de 2,125 francs pour payer le terme échu le 21 mai dernier de ladite pension alimentaire ;*

» Que si des conditions ont été imposées à la femme de Silveira pour le retrait de ladite somme, le tribunal n'a point les éléments nécessaires pour les apprécier, et que d'ailleurs il n'est point saisi d'une demande régulière en validité desdites offres réelles suivies de consignation ;

» Que dans ces circonstances, il y a lieu de fixer provisoire-

ment une somme que Silveira sera tenu de payer à sa femme, sauf à lui à se pourvoir ainsi qu'il avisera, pour faire statuer sur le mérite des conditions imposées dans ses offres,

» Se déclare compétent sur la demande en provision.

» Et statuant sur cette demande,

» Condamne Silveira à payer à la femme Silveira la somme de 4,000 francs à titre de provision ;

» Ordonne l'exécution provisoire, nonobstant appel de ladite condamnation. »

Il résulte des termes de ce jugement, c'est du moins, à mon sens, la seule manière de l'expliquer, que M. de Silveira a été considéré comme ayant implicitement renoncé à l'exemption de juridiction. La déclaration de domicile réel dans un acte passé volontairement entre les deux parties, le dépôt à la caisse des consignations d'une somme destinée à payer la pension alimentaire convenue, les offres réelles faites par M. de Silveira ont paru au tribunal des faits assez caractéristiques pour faire cesser la fiction de l'exterritorialité. Du moins cet ensemble de circonstances, visé dans le jugement, fait assez comprendre que le tribunal ait pu en conclure que l'agent diplomatique devait être considéré comme ayant renoncé à l'exemption de juridiction.

Cette décision, frappée d'appel, a été confirmée par un arrêt de la Cour de Paris, du 14 août 1857; mais les motifs de l'arrêt paraissent moins faciles à justifier que ceux du jugement de première instance. Cet arrêt est ainsi conçu :

« La Cour,

» En ce qui touche la demande en séparation de biens;

» Adoptant les motifs des premiers juges;

» *Et considérant, en outre, qu'indépendamment de ses fonctions de consul, l'intimé justifie de sa qualité de membre de la légation de Portugal, et qu'à ce titre il n'est pas justiciable de la juridiction du pays où il exerce ses fonctions diplomatiques;*

» En ce qui touche les mesures provisoires :

» 1° Sur la demande en provision de 1,000 francs :

» Considérant qu'il est justifié de la litispendance entre les parties, devant les tribunaux portugais, sur la séparation de corps et sur la séparation de biens;

» *Que l'intimé, refusant de recevoir l'appelante au domicile conjugal, et la prestation des aliments étant de droit naturel, le*

juge du domicile ou de la résidence des époux est compétent pour ordonner l'exécution de cette obligation ;

» Considérant que l'intimé, détenteur de la dot de l'appelante, a offert d'en servir l'intérêt à titre de pension alimentaire jusqu'au jugement des instances engagées en Portugal ;

» 2° Sur la demande en nomination d'un administrateur judiciaire :

» Considérant que cette demande tend à restreindre le droit d'administration du mari, et que, *s'agissant d'une mesure à prendre contre un agent diplomatique dont la situation, au point de vue du droit civil, ne peut être appréciée par la juridiction française, les premiers juges ont justement refusé de l'ordonner ;*

» Confirme, et néanmoins fixe la provision à 8,500 fr., etc. »

On le voit, la Cour commence par reconnaître son incompétence en ce qui touche la demande en séparation de biens, et ajoutant sur ce point au jugement de première instance, qui s'était borné à considérer que la contestation avait lieu entre étrangers, elle déclare très-nettement que M. de Silveira, à raison de sa qualité d'agent diplomatique, n'est pas justiciable des tribunaux français. Même décision en ce qui touche la demande en nomination d'un administrateur judiciaire ; mais arrivant à la provision, la Cour fonde sa compétence sur ce que c'est là une obligation naturelle dont le *juge du domicile ou de la résidence des époux* est compétent pour ordonner l'exécution.

Qu'est-ce à dire ? M. de Silveira, l'arrêt le reconnaît dans sa première partie, échappe à la compétence des tribunaux français à cause de sa qualité d'agent diplomatique, *c'est-à-dire en vertu de cette fiction de l'extraterritorialité qui le suppose lui et sa femme sur le sol étranger*. Ce point admis, les deux parties étrangères ne peuvent être considérées comme domiciliées ni comme résidant en France. Dès lors, comment les tribunaux français pourraient-ils être compétents pour les juger ? Qu'importe que l'obligation des aliments soit de droit naturel ? Ce n'est pas sur ce motif seul que peut s'asseoir la compétence : il faut, de plus, la circonstance du domicile ou de la résidence, lorsque les parties sont étrangères, et cette circonstance manque dans l'espèce, puisque l'arrêt a admis la fiction de l'extraterritorialité ; à moins que la Cour n'ait entendu créer une théorie toute nouvelle, consistant à dire que l'extraterritorialité cesse quand

il s'agit des obligations naturelles; mais ce serait là une doctrine singulièrement hasardée et assez compromettante pour le privilège diplomatique, quand on songe aux interprétations si diverses que soulève ce mot : obligation naturelle.

L'arrêt de la Cour paraît donc reposer, au moins quant aux motifs qui l'ont dicté, sur une véritable pétition de principe. La difficulté consistait à établir que la jurisprudence française étant incompétente pour statuer sur la demande en séparation de biens, était cependant compétente pour statuer sur la demande en provision. Le jugement avait habilement écarté la première partie de la difficulté (la question de compétence sur la demande en séparation), en faisant abstraction de la qualité d'agent diplomatique, en se fondant sur ce seul motif que les deux parties étaient étrangères. Quant à la question de compétence sur la provision, le jugement avait également écarté l'objection tirée de la qualité d'agent diplomatique, en considérant que l'agent diplomatique avait, par ses actes, détruit la fiction de l'exterritorialité, et par suite renoncé à l'exemption de juridiction. L'arrêt a entrepris une tâche plus difficile : Après avoir admis que la qualité d'agent diplomatique s'opposait à la compétence pour la séparation, il a jugé que cette même qualité n'empêchait pas la compétence en ce qui touche la provision. Il y a là une contradiction. Si la juridiction française est incompétente pour la séparation, à cause de la qualité de l'agent diplomatique, elle l'est également pour statuer sur la provision, car, dans les deux cas, l'incompétence résulte de ce que les deux parties sont censées ne pas être sur le sol français. Reste, il est vrai, la question de renonciation au privilège, pouvant s'induire, quant à la provision, de l'ensemble des actes émanés de l'agent diplomatique. Mais de cet ensemble de faits groupés dans le jugement de première instance, l'arrêt n'en a conservé qu'un seul, les offres, et c'est certainement de toutes les circonstances de la cause, celle qui peut le moins faire présumer la renonciation; car l'auteur des offres paraît s'être abstenu d'en demander la validité¹.

Pour en revenir à la question de principe, il nous reste à dire qu'il y a un motif très-puissant pour admettre l'agent diploma-

¹ V. le texte du jugement de première instance. Le compte rendu de l'affaire est dans la *Gazette des tribunaux* du 15 août 1857.

tique à renoncer au privilège de l'exemption de juridiction, particulièrement sous la forme d'une demande portée devant les tribunaux du pays; c'est que, en matière contentieuse civile, il sera, la plupart du temps, impossible à l'autorité administrative de faire obtenir satisfaction à l'agent diplomatique.

Je suppose qu'un ministre ait une réclamation à faire valoir contre un sujet du pays où il réside; dans cette situation, il refuse de s'adresser aux tribunaux et porte sa réclamation au gouvernement lui-même.

Le gouvernement, auprès duquel il est accrédité, doit-il et peut-il lui accorder l'assistance qu'il demande?

Prenons comme exemple, pour bien préciser la difficulté, le cas le plus simple.

Il s'agit de la dette d'une somme d'argent, dont l'agent diplomatique réclame le payement à un particulier, son débiteur. L'autorité administrative n'a légalement aucun moyen de contraindre le débiteur à l'acquittement de la dette, car le remboursement, si le débiteur s'y refuse, est impossible à obtenir autrement que par une action en justice, et on se demande à quel titre le gouvernement pourrait intenter cette action au débiteur. Il n'y aurait qu'un moyen pour lui : ce serait de se faire céder les droits litigieux de l'agent diplomatique et de procéder comme acheteur de créance.

De pareils moyens peuvent-ils être employés par un gouvernement, en supposant, ce qui est contestable, qu'il ait la faculté d'agir ainsi, et d'ailleurs le résultat ne serait-il pas toujours subordonné à la sentence judiciaire, dont l'ambassadeur serait ainsi le justiciable indirect?

D'autre part, serait-il de la dignité bien entendue de l'agent diplomatique de recouvrer sa créance à ce prix?

Que serait-ce si, au lieu d'une créance à recouvrer, le droit invoqué par l'agent diplomatique consistait dans une obligation de faire, ou dans la livraison d'un corps certain? Faudra-t-il estimer la valeur de la chose pour que la cession puisse s'effectuer?

Si le gouvernement obtient gain de cause, rétrocédera-t-il l'objet à l'agent diplomatique, ou en réalisera-t-il la valeur?

Poser de pareilles questions c'est les résoudre.

On peut prendre encore la question à un autre point de vue.

La demande d'intervention adressée par l'agent diplomatique au gouvernement étranger, suppose la violation du privilège; et pour que cette violation existe il faut que l'État ou ses délégués tentent une attaque quelconque contre l'exemption de juridiction dont jouit l'agent diplomatique; mais aucune entreprise de ce genre n'a lieu dans l'hypothèse dont il s'agit; et conclure de ce que l'agent est exempt de la juridiction du pays, qu'il a le droit de revendiquer l'intervention administrative dans toute contestation où il est intéressé, même comme demandeur, c'est évidemment étendre le principe de l'exemption de juridiction à des cas pour lesquels il n'a point été fait, et aboutir à une impossibilité. Nous reviendrons sur ce point de vue en traitant de la matière criminelle.

Voici, du reste, le cas qui s'est présenté il y a quelques années, à Berlin, à l'occasion d'un bail fait par M. Wheaton, ministre des États-Unis. Ce dernier, à l'expiration de la location, avait donné ordre de transporter ses effets dans un autre local. Il ne restait plus que quelques objets à enlever lorsque le propriétaire entra et réclama des dommages et intérêts pour de prétendus dégâts donnant lieu à réparations locatives. Le ministre américain s'étant refusé à souscrire aux exigences du propriétaire, ce dernier retint, à titre de gage, les objets restants. De là, plainte de M. Wheaton au ministre des affaires étrangères de Prusse, pour obtenir la restitution pure et simple de ses effets, que le propriétaire ne pouvait retenir, disait-il, de sa propre autorité.

L'affaire n'eut pas de suite, parce que le propriétaire finit par consentir à rendre les effets; mais elle donna lieu à une longue discussion entre les gouvernements prussien et américain, qui ne purent s'entendre. Le gouvernement prussien persista, jusqu'au dernier moment, à soutenir que la loi donnant au bailleur un droit réel sur les effets du locataire, le propriétaire avait pu retenir les objets meublant l'appartement, et qu'en tout cas le gouvernement n'avait aucun moyen légal de faire rentrer le ministre américain en possession de ces objets¹.

On le voit, la conséquence forcée de ce système eût été le recours aux tribunaux, et c'est probablement ce qui arriverait,

¹ V. Wheaton, *Éléments*, t. I, p. 203 et suiv.

dans la plupart des cas, si une transaction n'intervenait pas entre les deux parties ¹.

Il nous reste, pour terminer cette première partie, à examiner une question de pratique assez délicate.

Étant admis que l'ambassadeur peut renoncer au privilège de l'exemption de juridiction, comment les significations judiciaires devraient-elles lui être faites ?

On sait que les officiers ministériels, et spécialement les huissiers, ne peuvent, sans s'exposer à des peines disciplinaires plus ou moins graves, et ce par respect pour le privilège diplomatique, signifier directement leurs actes à celui qui jouit de ce privilège.

La renonciation de ce dernier au privilège a-t-elle pour effet de rouvrir à l'officier ministériel les voies ordinaires ? C'est là, ce semble, une conséquence inévitable de la renonciation. Si l'on admet que la sentence doit recevoir son exécution, il faut en conclure que les significations pourront avoir lieu dans la forme ordinaire. Toutefois, ce qui complique la question c'est que, même dans les cas où il n'y a pas lieu pour le ministre étranger d'invoquer l'exemption de juridiction, comme, par exemple, dans l'action en revendication d'un immeuble qui lui appartient, l'usage paraît avoir prévalu de faire tenir l'acte judiciaire au ministre, par l'intermédiaire du département des affaires étrangères, à la suite d'un dépôt au parquet du procureur impérial, la signification directe, par voie d'huissier, constituant un manque de respect à la personne de l'ambassadeur, et dès lors une atteinte à son inviolabilité, d'autant que l'huissier est revêtu d'un caractère public et tient son investiture du gouvernement.

On pourrait donc prétendre à la rigueur que le ministre eût-il, dans la double hypothèse que nous avons posée, renoncé à l'exemption de juridiction, ce ne serait pas une raison pour que l'huissier se crût en droit de lui signifier directement un acte de son ministère, cette signification portant atteinte à cette partie du privilège diplomatique auquel le ministre ne peut renoncer. Mais je crois que ce raisonnement, réduit à sa véritable valeur, ne saurait se soutenir. — La position de l'agent

¹ V. une affaire analogue concernant un attaché de l'ambassade anglaise, *Gazette des tribunaux* du 20 juin 1858.

diplomatique est loin d'être aussi favorable, lorsqu'il a renoncé de lui-même à son privilège que lorsqu'il se trouve soumis à la juridiction locale, à raison d'une compétence qui résulte de la nature même des choses, comme en matière réelle. Dans ce dernier cas l'agent ne fait autre chose que subir une juridiction forcée. Conséquemment, on peut dire qu'il retient de son privilège tout ce qu'il peut en retenir, notamment le droit d'invoquer la fiction en vertu de laquelle il est réputé n'avoir pas quitté son propre territoire. Or, en pareil cas, l'huissier ne fait qu'obéir à son devoir et se conformer à l'article 69 (n° 9) du Code de procédure civile, en déposant l'acte au parquet du procureur impérial, lequel le fait passer au ministère des affaires étrangères¹. Mais lorsque le ministre étranger renonce formellement, de son gré, au privilège de l'exemption de juridiction, il fait tomber la fiction de l'interritorialité avec ce qui en dépend, et alors les choses doivent suivre leur cours ordinaire, toujours, bien entendu, sous la réserve, déjà faite, que la signification ne pourra porter atteinte à l'inviolabilité de la personne même du ministre et des choses de l'ambassade.

II. — Matière criminelle.

L'ambassadeur ou ministre, accrédité auprès d'un gouvernement étranger, peut-il renoncer à son immunité en matière criminelle?

Ici encore la question se présente sous deux points de vue : lorsque le ministre se trouve dans la situation de défendeur, lorsque l'autorité locale veut le poursuivre pour un fait tombant sous l'application de la loi pénale du pays, le ministre peut-il, renonçant à l'immunité qui le couvre, accepter le rôle d'accusé et consentir à se laisser juger ?

Il ne paraît pas que la négative puisse faire doute. Tous les auteurs, moins peut-être les Américains, comme on le verra plus loin, refusent cette faculté au ministre. En effet, si la fiction de l'exterritorialité doit couvrir le ministre, c'est surtout

¹ L'article 69 du Code de procédure civile porte : « Seront assignés :
9° ceux qui habitent le territoire français hors du continent et ceux qui sont établis chez l'étranger, au domicile du procureur impérial près le tribunal où sera portée la demande, lequel visera l'original et enverra la copie, pour les premiers, au ministre de la marine, et pour les seconds, à celui des affaires étrangères. »

dans ce cas-là. L'atteinte à la personne du ministre, à son caractère d'inviolabilité, ne peut se manifester d'une manière plus directe, plus palpable, si l'on peut s'exprimer ainsi, que par une action criminelle. Or, si le principal attribut de l'agent diplomatique, *l'inviolabilité*, n'est qu'une conséquence de l'indépendance de la nation dont il est le représentant; si le privilège qui en découle a été inventé plus en considération de la nation, du *souverain*, que dans l'intérêt personnel de l'agent, il ne peut dépendre de la seule volonté de ce dernier de mettre à néant cette immunité. La situation de défendeur, d'accusé, dans un procès criminel, est évidemment incompatible avec le caractère d'agent d'une puissance étrangère, et ce dernier ne pourrait, sans porter atteinte à la dignité même de son souverain, accepter de son seul gré une pareille situation.

Ces principes tracent la ligne de conduite que doit suivre l'autorité du pays où le fait criminel a pu s'accomplir. L'agent étant, par l'essence même de ses fonctions, en vertu de la convention tacite qui se forme entre le souverain qui l'accrédite et le souverain qui l'accueille et le reconnaît, exempt de la juridiction criminelle, l'autorité locale doit, *d'office*, de quelque manière qu'elle soit saisie, s'abstenir de poursuivre.

Pendant il est deux hypothèses à l'égard desquelles on peut faire des réserves, c'est le cas de flagrant délit et celui où le ministre se livrerait, dans le pays même, à des menées, à des conspirations, à des attentats dirigés contre le gouvernement auprès duquel il est accrédité.

A l'égard du flagrant délit, de ce fait que les anciens jurisconsultes appelaient cas de *clameur publique*, on ne saurait se dissimuler que les crimes de cette nature peuvent se produire dans des circonstances telles qu'il serait bien difficile de soustraire complètement leur auteur aux exigences de la vindicte publique. Le crime peut être si énorme, s'accomplir si publiquement, qu'il ne soit plus possible de tenir compte de la fiction de l'exterritorialité, et que le conflit, qui s'élèverait alors entre les droits de l'autorité locale et les privilèges du droit des gens, fût des plus graves à régler.

Quant aux attentats dont le ministre étranger pourrait se rendre coupable contre le gouvernement du pays, les publicistes sont fort divisés sur le traitement que le gouvernement peut infliger au ministre accusé de pareils faits. Les uns veulent qu'on l'expulse,

les autres qu'on demande son rappel. Quelques-uns, plus hardis, veulent qu'on le juge et qu'on le punisse. La vérité est que la conduite à suivre, dans de semblables conjonctures, tient beaucoup plus à la politique qu'à la matière même du droit. Ces cas exceptionnels ont leur solution même dans le droit suprême de conservation personnelle et de nécessité, comme le dit M. Wheaton, et dans des considérations, plus ou moins déterminantes, de politique et de raison d'État qui échappent à toute règle précise et permanente.

Ces principes admis et ces réserves faites, on arrive à la question de savoir si le ministre public peut renoncer à l'immunité de juridiction en se portant demandeur, *acteur* dans un procès criminel, pour obtenir, plus sûrement à son point de vue, la réparation du fait qui l'a lésé.

On dit *pour obtenir plus sûrement la réparation du fait qui l'a lésé*, car, autrement la question ne saurait se présenter. En effet, lorsque le ministre a à se plaindre d'une atteinte portée à sa personne ou à ses biens, rien ne l'empêche d'être plaignant, en ce sens qu'il peut dénoncer le fait à l'autorité judiciaire par la voie du ministre des affaires étrangères, qu'il s'agisse d'un fait susceptible de motiver une poursuite soit criminelle, soit correctionnelle, soit de simple police. L'attention du ministère public une fois éveillée, la justice aura son cours ordinaire. En France, où l'autorité judiciaire est armée de pouvoirs très-larges, où son initiative est la règle et n'est entravée par aucun obstacle, il est certain que la simple dénonciation du délit, faite par un ministre public, sera toujours prise en sérieuse considération, et qu'elle suffira, le cas échéant, pour que l'agent étranger obtienne satisfaction, sans qu'il ait à comparaître en personne à la barre. On peut donc dire qu'en règle générale la question n'a pas d'intérêt, l'organisation judiciaire en France donnant au ministre étranger la faculté de se plaindre et de faire poursuivre et condamner le coupable, sans qu'il ait à commettre son immunité dans le procès.

Toutefois, on peut supposer que le ministre, par une raison qu'on n'a point à examiner, se porte partie civile devant la Cour d'assises, ou, ce qui est à peu près la même chose, use devant la police correctionnelle du droit de citation directe reconnu par l'article 64 du Code d'instruction criminelle.

Peut-il le faire sans l'assentiment de son souverain? Peut-il,

faisant abstraction de son immunité, venir se placer à la barre, et, par là, sera-t-il soumis à toutes les conséquences qui peuvent légalement résulter d'une situation ainsi créée et acceptée par lui?

La question, on aurait peine à le croire, est à peu près neuve. Fort peu de publicistes l'ont examinée ou même posée. Presque tous les auteurs qui ont écrit sur l'exemption de juridiction, en matière criminelle, ne s'en sont préoccupés qu'au point de vue de la poursuite dirigée contre l'agent diplomatique.

Le cas d'une plainte déposée et suivie par lui est tout à fait négligé par les publicistes, et on ne trouve guère que Vattel qui résolve nettement la question.

Vattel, très-porté pour l'immunité diplomatique, n'admet pas que le ministre public puisse, en aucune façon, renoncer à ses privilèges en matière criminelle. Après avoir examiné s'il peut, en matière civile, se soumettre à la juridiction du pays, et avoir décidé qu'il peut être demandeur en justice, parce que *restant le maître absolu de ne pas le faire*, il n'y a pas d'inconvénient, Vattel ajoute *qu'il ne doit jamais se rendre acteur en justice pour cause criminelle*. S'il a été insulté, ajoute-t-il, il porte plainte au souverain, et la partie publique doit poursuivre le coupable¹.

Il résulte de cette absence d'examen de la part des auteurs que, pour résoudre la question, on est réduit à recourir aux principes généraux de la matière et aux conséquences qui peuvent légitimement s'en déduire.

On l'a déjà établi, la *raison d'être* de l'immunité diplomatique, dans son acception générale, provient de l'idée d'*inviolabilité*, que les nations, par une convention tacite, reconnaissent entre elles à leurs envoyés. La définition peut varier, mais, de près ou de loin, elle se rattache toujours à cette idée. « Le fait, dit Wicquefort², la raison pourquoi le droit des gens exempte le ministre public de la juridiction du lieu de sa résidence, est parce qu'il représente un souverain sur lequel un autre souverain n'a ni supériorité ni juridiction. C'est pourquoi il ne peut l'étendre sur son ambassadeur non plus. »

« Il est aisé de comprendre, dit Vattel³, que l'indépendance doit être l'un des privilèges du ministre étranger; sans elle, la

¹ *Droit des gens*, t. II, p. 814.

² *L'Ambassadeur et ses fonctions*, liv. I, p. 823 (édition de la Haye, 1724).

³ *Droit des gens*, t. II, p. 786.

sûreté, si nécessaire au ministre public, ne sera que précaire. On pourra l'inquiéter, le persécuter, le maltraiter sous mille prétextes. Il importe qu'il n'ait point de pièges à redouter, qu'il ne puisse être distrait de ses fonctions par aucune chicane ; il importe qu'il n'ait rien à espérer ni rien à craindre du souverain à qui il est envoyé. Il faut donc, pour assurer le succès de son ministère, qu'il soit indépendant de l'autorité souveraine de la juridiction du pays, tant pour le civil que pour le criminel. »

M. de Rayneval, plus précis, dit :

« L'inviolabilité, principal attribut de l'agent politique, entraîne après soi l'exemption de juridiction du pays où l'agent politique réside.

« Ces immunités, ajoute-t-il, ont été introduites pour mettre les agents diplomatiques en état d'exécuter avec sûreté les ordres dont ils sont chargés.

« C'est là leur véritable mesure, et c'est d'après ce principe que doivent être jugées toutes les prétentions et toutes les contestations auxquelles elles donnent lieu¹. »

Voici, enfin, une règle quelque peu précise. La sécurité due aux ministres publics, pour exécuter leurs fonctions, sera la mesure de leur inviolabilité.

Cherchons à en faire l'application à la question posée plus haut, à savoir si l'agent diplomatique peut se porter partie civile dans un procès criminel.

Il y a une différence marquée entre le rôle de simple plaignant et celui de partie civile.

Le plaignant, comme le dénonciateur, se place en dehors de la poursuite. Il demeure complètement étranger à la procédure. La partie civile, au contraire, ne se borne point à se plaindre ; elle demande à être indemnisée ; elle *accuse* et elle fournit des preuves à l'appui de son accusation ; elle débat les éléments du procès ; elle devient l'auxiliaire du ministère public ; enfin, elle agit à ses risques et périls.

Sans doute, la partie civile, tout en aidant d'une manière si active et si directe l'action publique, agit surtout dans un intérêt privé ; — c'est de là que lui vient son nom ; — et lorsqu'on admet que le ministre peut être demandeur dans un procès

¹ *Institutions du droit de la nature et des gens*, t. , p. 326 et 327 (édition de 1822).

civil, il semble qu'il y a même raison pour décider qu'il peut prendre la qualité de partie civile dans un procès criminel. Cependant il est facile de se rendre compte des inconvénients que ce rôle peut entraîner avec lui. Tout cet appareil d'audience, la comparution personnelle du ministre, les libertés de la défense discutant la personne même du plaignant, la valeur même de ses preuves et de son propre témoignage, peuvent déjà, dans un cas donné, créer une situation peu en rapport avec l'*inviolabilité* du ministre. D'autre part, la partie civile, a-t-on dit déjà, agit à ses risques et périls. Elle est responsable des frais de la procédure et passible de dommages et intérêts. Enfin, ce qui est beaucoup plus grave, la responsabilité très-onéreuse qui pèse sur elle peut donner lieu à l'application d'une peine corporelle, lorsque l'accusation est déclarée calomnieuse. (Un mois à un an de prison, et amende de 100 fr. à 3,000 fr., art. 373 du Code pénal¹.)

Si, ce qui paraît incontestable, l'immunité appartient au souverain plus qu'au ministre, on peut en conclure que l'agent n'est point en droit de renoncer à des privilèges intéressant la dignité de son maître, faits pour son avantage, et, par suite, qu'il ne peut les compromettre ou même les anéantir par son imprudence, par son caprice ou par un faux point de vue.

Mais ce n'est là qu'une théorie. L'intérêt de la question consiste surtout à savoir comment on agira dans la pratique.

Ainsi le ministre étranger a porté plainte, puis s'est porté partie civile. Que devra faire l'autorité judiciaire ou le ministre des affaires étrangères du pays où réside l'agent diplomatique?

L'autorité judiciaire devra-t-elle, *d'office*, ou encore si l'accusé oppose cette fin de non-recevoir, décliner la qualité de partie civile prise par l'agent diplomatique, et le déclarer non recevable, d'après les principes généraux du droit des gens?

Le ministre des affaires étrangères devra-t-il, *d'office* aussi, intervenir auprès de l'autorité judiciaire, pour la dessaisir soit préalablement à toute décision, soit au cas où l'autorité judiciaire reconnaîtrait à l'agent diplomatique la qualité de partie civile?

Il semble qu'en principe il n'y a pas obligation, pour le gouvernement étranger, de prendre cette initiative. D'abord, l'administration peut ignorer le fait et n'avoir pas le temps d'inter-

¹ V. M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, chap. 4, § 124.

venir si, comme le suppose la conduite tenue par l'agent, ce dernier s'est abstenu de passer par le canal du département des affaires étrangères et s'est directement adressé aux tribunaux. Ensuite, ne peut-on pas dire que, même en admettant dans toute sa plénitude le principe posé plus haut, à savoir que l'immunité est établie en faveur du souverain, c'est là un principe que le gouvernement étranger est tenu de respecter et de faire respecter *d'office*, quand celui qui peut le revendiquer est attaqué; mais que cette obligation, on ne dit pas seulement disparaît mais ne saurait exister, n'a pas de raison d'être, lorsque celui-là même qu'il s'agirait de couvrir prend le rôle d'assaillant, et se crée ainsi une situation qui le remplace forcément dans le droit commun.

Dira-t-on que cette obligation existe *à priori* parce que le gouvernement, qui a reçu l'agent étranger, s'est engagé à sauvegarder ses privilèges, et cela par une raison d'utilité réciproque dans les relations internationales? Ce serait évidemment exagérer la portée des devoirs que les gouvernements ont prétendu s'imposer en ce qui touche les privilèges diplomatiques. Lorsqu'un gouvernement accueille le ministre qui lui est envoyé par un souverain étranger, la convention tacite qui s'établit entre les deux gouvernements consiste à prévenir ou à réprimer toute violation venant du fait de leurs agents ou de leurs sujets; mais elle ne saurait obliger le gouvernement étranger, auprès duquel le ministre est accrédité, à protéger cet agent contre ses propres écarts, à devenir en quelque sorte son *Mentor*. Où s'arrêterait-on avec un pareil système? Le ministre des affaires étrangères serait insensiblement conduit à s'ingérer dans la conduite patente ou secrète des membres du corps diplomatique, et à en devenir, en quelque sorte, le préfet de police.

Si le gouvernement du pays n'a point à s'interposer *d'office*, il n'y a pas plus de raison pour que les tribunaux en soient tenus. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait qu'il y eût obligation *à priori*, et je crois avoir établi que cette obligation n'existe, en principe, d'après le droit des gens, qu'autant que l'agent diplomatique est placé dans la situation de défendeur.

Enfin, ajoutons que, quelque générale que paraisse être la doctrine qui déclare impossible la renonciation de l'agent à son privilège, en matière criminelle, certains publicistes semblent admettre le contraire. Tel est le publiciste américain

Wheaton. Le ministre public, dit M. Wheaton, *peut renoncer à tous les privilèges qu'il est en droit d'attendre du droit public*¹.

Faudrait-il donc qu'un gouvernement s'enquît de savoir, avant d'agir, quelle est, au juste, la doctrine du gouvernement étranger en pareille matière ; car si cette doctrine admettait la faculté de renonciation de la part de l'agent diplomatique, il serait assez étrange qu'on se montrât plus susceptible que ceux dont ce dernier tient ses pouvoirs. Il faut donc admettre qu'en principe il n'y a pas obligation, pour le gouvernement du pays où réside l'ambassadeur, d'intervenir d'office, mais que le parti à prendre, en pareille occurrence, est entièrement livré à des considérations de fait, à des rapports de bienveillance personnelle, à des convenances politiques dont le ministre des affaires étrangères reste pleinement le juge. Ainsi, par exemple, le ministre des affaires étrangères pourra officieusement prévenir le souverain étranger de ce qui se passe, et voir, d'après la décision de ce gouvernement, s'il lui est possible d'intervenir ou s'il doit s'abstenir.

Aussi bien, cette convenance de prévenir le gouvernement étranger ne paraît-elle véritablement se présenter que quand il s'agit du ministre public, du chef de mission même. S'il s'agit d'une personne de la suite de l'ambassadeur, le ministre des affaires étrangères n'est absolument obligé à rien. C'est au chef de la légation à veiller sur son personnel et à revendiquer le droit que ses subordonnés abandonnent. S'il réclame, on devra, s'il y a lieu, déférer à sa demande ; mais s'il s'abstient aucune intervention n'est due.

Jusqu'ici on a examiné si le ministre pouvait renoncer de son seul gré au privilège qui le couvre personnellement ; il reste maintenant à voir s'il peut y renoncer pour les gens de sa maison, ce qui revient à demander si le privilège de ceux-ci dépend entièrement du chef de mission, ou s'ils sont couverts, *a priori*, en vertu du principe que l'immunité diplomatique est établie et admise entre nations, en considération du souverain.

Ici une première distinction paraît nécessaire.

L'immunité, par son essence même, couvre tous ceux qui, faisant partie de l'ambassade, tiennent leur investiture du chef

¹ *Éléments du droit international*, t. I, p. 208.

du gouvernement ou de son premier représentant, le ministre des affaires étrangères, tels sont, par exemple, les secrétaires; et il ne peut dépendre du chef de la mission de faire litigieux de ce privilège. Quant à ceux qui ne tiennent à l'ambassade que par le choix personnel du chef de la mission, dont la position ne dépend que de lui, n'est-il pas permis de dire que l'immunité ne les couvre qu'autant que l'ambassadeur entend la revendiquer pour eux?

Ainsi, en droit, il faudrait distinguer entre les personnes qui font partie, à des titres divers, de la suite de l'ambassadeur; mais, dans la pratique, ainsi qu'on l'a établi plus haut, le ministre des affaires étrangères du pays où réside l'ambassadeur n'aurait point à intervenir si une personne dépendant de l'ambassade, à quelque titre que ce soit, renonçait à son privilège. Ce serait au chef de la mission à prendre l'initiative,

On vient de dire que le ministre public pouvait renoncer au privilège en ce qui touche certaines personnes de sa suite, et par là on entend habituellement ses domestiques. De là une difficulté qui se présente sous un double aspect.

Il ne s'agit pas seulement de savoir si l'ambassadeur peut, en vertu de son privilège, soustraire ses domestiques à la juridiction locale, mais encore s'il a personnellement, en sa qualité d'ambassadeur, juridiction sur eux pour les juger et leur appliquer la peine motivée par leurs méfaits.

Si, en effet, les domestiques d'un ambassadeur sont complètement exempts de la juridiction locale, il faut, de deux choses l'une, ou que l'ambassadeur puisse les punir lui-même, ou qu'il les renvoie dans son pays pour y être jugés, car l'exemption de juridiction n'a point pour objet de procurer l'impunité. Aussi la plupart des anciens publicistes ont-ils été amenés à dire que l'ambassadeur avait juridiction sur ses domestiques, et, chose assez singulière, parmi les modernes il s'en est trouvé qui ont poussé les conséquences du principe jusqu'à admettre que ce pouvoir comportait le droit de leur infliger des peines corporelles et même la mort. Mais, en réalité, les difficultés que cette manière de voir soulèverait dans la pratique réduisent aujourd'hui ce système à une pure théorie.

Lorsqu'on examine de près ce système, on ne peut se dissimuler qu'il appartient à un ordre d'idées suranné, qui n'est plus en rapport avec les mœurs et les institutions modernes. En

1603, Sully, ambassadeur en Angleterre, a pu, un homme de sa suite ayant tué un Anglais, assembler un conseil et condamner l'accusé à mort, — « la chose ayant été conclue en un instant, » — dit Sully dans ses Mémoires. A la même époque, un ambassadeur d'Espagne a pu faire pendre un de ses valets aux fenêtres de son hôtel. Ces façons de justice expéditive ne seraient plus possibles aujourd'hui, en France du moins ; la conscience publique protesterait contre elles. Aussi, la plupart des auteurs sont-ils arrivés à cette conclusion que la juridiction de l'ambassadeur, sur tout ce qui compose sa maison, se borne à une sorte de pouvoir correctionnel, permettant d'appliquer des punitions plus ou moins légères.

Mais, il faut le reconnaître, ce n'est là qu'une sorte de transaction, de moyen terme qui éloigne la difficulté sans la résoudre. Évidemment, si l'ambassadeur en vient à infliger à un de ses gens une peine corporelle, quelque minime qu'elle soit, on doit se demander en vertu de quel droit il agit ainsi. Dans les idées de notre droit public, on ne comprendrait pas que l'ambassadeur pût exercer une juridiction dont les limites seraient insaisissables. La compétence, c'est-à-dire le cercle dans lequel le juge peut se mouvoir, est le corollaire indispensable de toute juridiction. Si l'ambassadeur, par sa seule qualité de représentant du souverain, a la juridiction, il l'a pleine et entière.

La véritable question à résoudre est donc celle-ci :

L'ambassadeur a-t-il ou n'a-t-il pas le pouvoir judiciaire sur les gens de sa maison ?

En principe, je n'hésiterais pas à décider aujourd'hui que l'ambassadeur n'a pas ce pouvoir, du moins faudrait-il que la commission qu'il a reçue de son souverain le lui donnât en termes exprès, car une telle délégation ne saurait se présumer. Toutefois, même dans ce dernier cas, on se trouve arrêté par une difficulté.

Le souverain, qui ne peut exercer lui-même sur son propre territoire la justice criminelle, pourrait-il déléguer ce pouvoir à son ambassadeur pour l'exercer à l'étranger ?

Ainsi, pour préciser la question, l'empereur, au nom de qui se rend la justice en France, mais qui ne l'exerce pas lui-même¹, pourrait-il conférer à ses ministres à l'étranger le droit

¹ Cf. art. 1 et 7 de la Constitution de 1852, art. 17 du décret du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

de se constituer en tribunal criminel pour juger les gens de leur maison ?

On a contesté que de pareilles conséquences, admissibles seulement, dit-on, dans les pays où le pouvoir est absolu, pussent l'être dans des pays régis par des lois constitutionnelles qui interdisent au prince tout exercice personnel du pouvoir judiciaire. On dit alors que le prince ne peut déléguer à son ambassadeur un pouvoir qu'il n'a pas lui-même.

Un précédent existe dans l'histoire de notre législation :

Dans les premières années du gouvernement issu de la révolution de juillet 1830, les parties les plus importantes du service des consulats furent réglées à nouveau par des ordonnances royales, mais aucune de ces ordonnances ne contenait de dispositions relatives à la juridiction. On reconnut alors que cette partie des fonctions consulaires ne pouvait être réglementée qu'avec le concours du pouvoir législatif. En effet, une loi du 28 mai 1836 a organisé la juridiction criminelle des consuls français, dans les échelles du Levant et la Barbarie.

On peut se demander si, sous l'empire de la constitution actuelle, ces principes subsistent. Mais, quelle que soit la solution qu'on adopte, le pouvoir judiciaire de l'ambassadeur dépend de la délégation qu'il aura reçue de l'autorité compétente. En l'absence d'une délégation expresse, on devrait donc décider que l'ambassadeur n'a pas ce pouvoir.

Ceci posé, examinons la question sous son autre aspect, à savoir quand l'ambassadeur pourra revendiquer en faveur de ses gens l'exemption de la juridiction locale, et conséquemment quand il y aura lieu pour lui d'y renoncer.

On peut d'abord mettre hors de discussion le cas où le délit a été commis dans l'hôtel même de l'ambassadeur. Le fait échappe alors, d'une manière absolue, à la juridiction du pays. On sait en effet que, bien que, en général, la fiction de l'exterritorialité, d'où découle l'exemption de juridiction, ne s'applique pas aux immeubles de l'ambassadeur, cependant, par exception, le droit des gens universel l'admet en faveur de l'hôtel même de l'ambassadeur. C'est la principale garantie de son indépendance et de sa sécurité. Il est clair que si l'autorité locale pouvait s'introduire dans l'hôtel même de l'ambassadeur, et y exercer des actes de juridiction, il n'y aurait plus d'inviolabilité. En pareil cas, l'exemption de juridiction paraît complète en

droit, et l'autorité locale ne pourrait agir qu'avec l'autorisation de l'ambassadeur et dans les limites de la renonciation que celui-ci pourrait faire à son privilège.

Mais que décidera-t-on si le fait a été commis hors de l'hôtel de l'ambassadeur, soit publiquement, soit dans une maison tierce?

En pareil cas, je proposerais de distinguer si le délit a été commis par un domestique de la nation de l'ambassadeur ou par un domestique sujet de la nation où il réside. Dans la dernière hypothèse il semble que, sans qu'il soit besoin d'examiner si l'ambassadeur a ou n'a pas juridiction sur les gens de sa maison, le coupable devrait toujours être abandonné à la juridiction locale. On échappe ainsi à un conflit inévitable entre la juridiction locale et les privilèges, fort contestables en pareil cas, que pourrait invoquer l'ambassadeur. Quelque favorable qu'on puisse se montrer aux privilèges diplomatiques, la fiction de l'exterritorialité qui les protège ne saurait aller jusque-là, et il paraît aussi exorbitant en fait qu'en droit d'enlever un individu à la juridiction du pays où il a commis le crime, dont il est le sujet et où il se trouve, pour le laisser à celle de l'ambassadeur auquel il n'appartient que par les liens de la domesticité, et qui ne pourra peut-être pas le punir¹.

La question serait plus délicate si le domestique appartenait à une nation tierce.

Enfin, si le crime a été commis par un domestique de la nation de l'ambassadeur, l'exemption le couvre, c'est, du moins, l'opinion de la grande majorité des auteurs; — mais, en fait, l'ambassadeur, à moins de considérations graves, devrait le plus souvent renoncer à cette exemption et livrer le coupable aux tribunaux du pays².

¹ Un cas assez singulier s'est présenté en Bavière en 1790. Un domestique de la suite du ministre de Prusse mit fin à ses jours dans une maison étrangère à l'ambassade. L'autorité locale s'étant mise à verbaliser et à faire une instruction sur ce meurtre, le ministre de Prusse protesta contre cette ingérence, et prétendit revendiquer pour lui seul le droit de statuer sur cette affaire. Les autorités bavaroises persistant à en connaître, une correspondance assez vive s'engagea entre les deux gouvernements de Prusse et de Bavière, et aboutit à une rupture entre les deux cours. — V. Martens, *Nouvelles causes célèbres du droit des gens*, cause 2°.

² V. le résumé des opinions des différents publicistes sur ce point dans le *Répertoire de Merlin*, v° *Ministre public*, sect. 6.

La position de la France est, en effet, assez particulière dans cette question. D'une part, nous avons un intérêt réel à maintenir, en faveur de nos agents à l'étranger, le principe que le privilège de l'exemption de juridiction couvre la suite de l'ambassadeur; car la procédure criminelle, en Europe même, est loin d'offrir partout les garanties nécessaires à l'administration d'une bonne et prompt justice. Il peut donc arriver que nos ministres à l'étranger se trouvent placés dans des circonstances telles qu'il soit de l'intérêt de leur dignité comme de leur équité de pouvoir soustraire à la juridiction de certains pays des gens de leur suite, accusés avec plus ou moins de fondement.

D'autre part, les dispositions de notre législation criminelle sont peu faites pour justifier le privilège. En effet, il est difficile d'admettre, ainsi qu'on l'a déjà fait observer, que l'exemption de juridiction puisse avoir pour résultat de procurer l'impunité au coupable. C'est cependant ce qui pourrait arriver, nos lois ne punissant pas le crime commis à l'étranger par un Français contre un étranger. Supposons un crime commis à l'étranger par le domestique d'un de nos ministres contre un national du pays; si l'ambassade le soustrait à la juridiction locale, l'impunité lui est acquise. Nos lois ne punissant pas le fait, le renvoi de cet homme, en France, n'aboutirait à rien, et l'ambassadeur lui-même, supposé qu'il eût la juridiction sur les gens de sa maison, ne pourrait davantage le punir, car, en admettant que le pouvoir de juger lui eût été délégué, ce ne pourrait être, en tout cas, que dans les limites de nos lois¹.

Ces observations, sans doute, n'empêchent pas l'exemption de juridiction de subsister, puisque, ainsi qu'on l'a vu, ce privilège a sa base dans le droit des gens et se trouve, dès lors, indépendant des dispositions du droit intérieur de chaque État; mais, on ne saurait le nier, elles fournissent un argument de

¹ Du reste, il est assez étrange que ce résultat ne soit à craindre que dans les pays de chrétienté, c'est-à-dire précisément à l'égard des étrangers dont les institutions se rapprochent le plus des nôtres, et qui, par cela même, devraient trouver dans nos lois une plus grande protection. En effet, la loi du 28 mai 1836 permet à nos consuls en Levant et en Barbarie de poursuivre les Français accusés de délits dans ces pays. Il est vrai que cette loi ne paraît s'appliquer qu'aux délits commis par des Français contre des Français; mais l'usage l'a étendu aux délits commis par des Français contre des étrangers.

plus et d'une certaine valeur à l'appui de la réforme projetée dans la partie de notre législation criminelle, relative aux délits commis à l'étranger.

A. VILLEFORT.

JUGEMENT D'ADJUDICATION. — PURGE LÉGALE.

Par M. J. LELORRAIN, président du Tribunal civil de Semur.

La purge de l'hypothèque légale doit-elle avoir lieu *avant* ou *après* le jugement d'adjudication ?

Quels sont les inconvénients ou les avantages de ces deux systèmes ?

Telles sont les premières questions que soulève un projet de loi conçu par le gouvernement, et soumis en ce moment à l'examen du Corps législatif.

L'adjudication sur saisie arrête le cours des inscriptions et purge les hypothèques inscrites, en convertissant le droit de suite des créanciers en un droit sur le prix.

Pourquoi en serait-il autrement des hypothèques légales ? C'est parce que (dans l'économie actuelle) la procédure de saisie, si publique qu'elle soit, ne renferme à l'adresse de la femme, du mineur ou de l'interdit, aucune interpellation directe.

Soit.

Mais le projet a précisément pour objet de combler cette lacune.

La purge *antérieure* à l'adjudication sur saisie a plusieurs avantages :

1° Elle donne toute sécurité aux acquéreurs, leur assure (le délai de huitaine accordé pour la surenchère de toute personne passé) une propriété incommutable et les garantit de toute surenchère du dixième ;

2° Elle peut faire espérer, sous ce dernier rapport, un prix plus élevé ;

3° Elle avance le moment, si impatiemment attendu, de la distribution judiciaire ;

4° Elle réalise une économie pour l'acquéreur, et conséquemment pour le vendeur lui-même ou ses créanciers.

On a reproché à ce système l'inconvénient d'introduire une innovation au fond du droit (aux art. 2193, 2194 et 2195 C. Nap.) dans une loi de procédure ; et c'est surtout cette objection (qu'on pourrait qualifier de *locale*) qui a empêché la Chambre des pairs, en 1841, d'admettre des dispositions analogues à celles proposées aujourd'hui.

Mais cette objection n'est pas sérieuse.

Qu'est-ce, après tout, que l'article 2194 du Code Napoléon, sinon une loi de procédure ? Pourquoi s'arrêter à cet argument, quand on ne s'est point arrêté à l'objection de même nature qu'aurait pu faire naître l'innovation résultant de la soumission de l'action résolutoire à la nécessité de la notification au greffe de la demande du vendeur avant l'adjudication ?

N'y a-t-il pas dans la position du vendeur et dans celle des incapables une parfaite analogie, sauf le supplément de garanties que peuvent réclamer les intérêts de ces derniers ?

Nous croyons donc qu'il faut approuver le principe de la loi.

Mais ses dispositions nous paraissent susceptibles de complément ou de perfectionnement. — Le projet est ainsi conçu :

Art. 692 du Code de procédure civile.

Le § 1^{er} est la reproduction du texte de la loi actuelle.

On propose d'ajouter :

« Pareille sommation sera faite dans le même délai de huitaine, outre un jour par cinq myriamètres de distance entre leur domicile et le lieu où siège le tribunal, à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs ou interdits, ou aux mineurs devenus majeurs, si, dans l'un et l'autre cas, les mariages et tutelles sont connus du poursuivant, soit d'après son titre, soit de toute autre manière.

» Cette sommation contiendra en outre l'avertissement que, pour conserver les hypothèques légales sur les immeubles expropriés, il sera nécessaire de les faire inscrire avant la transcription du jugement d'adjudication. La sommation devra être remise à la personne de la femme. »

Ce paragraphe nous a suggéré les réflexions suivantes :

On confie au poursuivant une mission qu'il n'a aucun intérêt à remplir (il peut même avoir un intérêt contraire), et cependant sa responsabilité ne paraît nullement engagée ; car, d'une

part, l'obligation de sommer ne lui est imposée que si les mariages et tutelles sont connus de lui, soit d'après son titre, soit de toute autre manière; et, d'autre part, nous n'apercevons pas de sanction pénale.

Le poursuivant n'est tenu à rien si son titre est muet.

Si son titre parle et qu'il omette de sommer, en quoi consistera sa responsabilité? S'étendra-t-elle aux causes des hypothèques non inscrites? Le projet ne le dit pas.

Les mots « de toute autre manière » sont d'un vague très-dangereux, si l'oubli du poursuivant engage sa responsabilité.

Ils sont purement comminatoires et inutiles, si l'omission ne l'engage à rien.

Ainsi, ou le poursuivant ne sera pas responsable de son oubli, et alors le paragraphe n'a pas de sanction; il ne sera pas exécuté, parce que le poursuivant n'a pas d'intérêt, ou bien a un intérêt contraire.

Ou il sera responsable : mais de quoi?

Sera-ce du montant des causes des hypothèques légales?

Rendre le poursuivant qui a omis de sommer responsable des causes de l'hypothèque, peut paraître exorbitant; mais d'un autre côté, — garder le silence sur sa responsabilité, c'est ouvrir la porte à l'arbitraire ou rendre la loi illusoire, et assurer à l'avance son inefficacité.

Le troisième paragraphe du projet est ainsi conçu :

« Pareille sommation sera faite au procureur impérial de l'arrondissement des biens, lequel sera tenu, le cas échéant, de requérir l'inscription des hypothèques appartenant aux femme, mineurs, interdits, leurs héritiers ou ayants cause. »

Nous proposerions de faire cette sommation au juge de paix du domicile de la partie saisie, ou, si ce domicile est inconnu, au juge de paix de la situation des biens saisis.

Puisqu'on innove, pourquoi ne pas le faire d'une manière plus complète et plus efficace?

Le procureur impérial est trop loin des intérêts qu'il s'agit de sauvegarder, ou des personnes sur lesquelles la protection de la loi doit s'étendre; ou bien il restera inactif, et la sommation qu'il recevra ira grossir ses cartons, comme il en est de la notification prescrite par l'article 2194 du Code Napoléon, à laquelle nous n'avons jamais vu que les parquets aient donné suite; ou bien

il s'adressera au juge de paix du domicile de la partie saisie, pour avoir des renseignements.

Dans le premier cas, l'acte sera inutile ; dans le deuxième, ce sera un circuit, une perte de temps, une complication qui peuvent être évités.

Le juge de paix du domicile de la partie saisie peut savoir si celle-ci est mariée, où le mariage a été contracté, et par l'acte de l'état civil il peut connaître la date du contrat de mariage. Dans ce contrat, et par le notaire qui l'a reçu, il peut savoir si la femme est créancière, et de quelle somme.

S'il s'agit de mineur, d'interdit, quel magistrat plus capable que le juge de paix de connaître tout ce qui se rattache à la tutelle, lui qui a présidé le conseil de famille et qui a donné ou est appelé par la loi à donner son avis sur toutes les mesures réclamées par les intérêts des pupilles, qui sont aussi les siens ?

Autre observation, moins grave :

Pourquoi parler des *héritiers* ou *ayants cause des mineurs* ou *interdits* ? Ne serait-il pas plus simple et plus juste de leur appliquer le droit commun, et de dire qu'à leur égard l'adjudication vaudra purge ?

Quelle raison y a-t-il pour qu'ils participent, quoique majeurs, à une prérogative attachée à la faiblesse présumée des femmes, des mineurs, des interdits ?

Revenons aux sommations, base essentielle et fondamentale du projet.

On a objecté qu'il était dangereux de confier le soin de sommer au poursuivant, qui, en sa qualité de créancier, peut avoir intérêt à ce que les titulaires d'hypothèques légales ne soient pas avertis, et qui peut toujours s'excuser de ne les avoir pas appelés, en disant qu'il ne les connaissait pas ; tandis que l'adjudicataire est intéressé à ce que toutes les formalités de la purge soient exactement remplies, afin de ne pas être recherché à l'avenir.

On a cru répondre en disant que la loi autorisait le tribunal à annuler ou à suspendre la procédure sur la demande de toute partie intéressée, du procureur impérial ou même d'office, si le poursuivant n'a pas appelé les créanciers dispensés de l'inscription qu'il devait connaître, ou dont l'existence lui a été révélée par un moyen quelconque. Mais je suis bien plus touché de l'objection que de la réponse.

Il est évident que si la partie intéressée se présente, le défaut de sommation sera sans inconvénient.

Mais si elle n'est pas sommée, pas avertie, elle ne se présentera pas ; et, dans ce cas, que deviendra le pouvoir qu'a le tribunal d'annuler ou de suspendre ? Il n'en usera pas, parce qu'il sera dans l'ignorance des droits de ces intéressés qui garderont l'anonyme.

Il pourra en user, dit-on, sur la demande du procureur impérial ; mais comment, dans la position qu'il occupe, et au milieu des graves et nombreux travaux qui l'absorbent, le procureur impérial lui-même sera-t-il averti ?

D'office ?

Mais comment le tribunal agirait-il d'office ? Comment serait-il averti des droits de telle femme ? de tel mineur ? de tel interdit ? S'appuiera-t-il sur une notoriété incertaine, équivoque, dangereuse ?

En général, il doit bien se garder de consulter et de constater cette prétendue notoriété.

Il y a plus : si l'article 703 de l'ancien projet donnait au tribunal le droit de suspendre la procédure, la disposition a disparu ; elle n'est pas dans la loi du 2 juin 1841. Dès lors ce droit n'existe plus.

Non, ce sont là des garanties chimériques.

Il faut admettre le système du projet ; il faut le compléter, le couronner par une sanction pénale applicable au poursuivant, qui, pouvant le faire, n'aura pas sommé ; mais il faut pourvoir à l'insuffisance de la sommation confiée à ses soins, ou plutôt pourvoir à l'inaction possible, et souvent intéressée, de ce créancier, par d'autres prescriptions.

Nous proposerions de le faire :

1° En disant que la sommation aux femmes, mineurs, interdits, ou à défaut de cette sommation, et dans tous les cas celle dont il va être parlé, seront mentionnées dans l'insertion du placard au journal, prescrite par l'article 696 du Code de procédure civile (*Nota.* Dans ce système, il y aurait un numéro (le n° 6) à ajouter à l'article 696), avec déclaration que cette mention a pour but d'avertir ceux qui peuvent avoir droit à des hypothèques légales, de la nécessité de les rendre publiques avant l'adjudication.

Cette nouvelle formalité n'aurait pas l'inconvénient que pou-

vait offrir l'amendement proposé, lors de la discussion à la Chambre des députés, par M. *Croissant*, qui demandait que la sommation fût insérée dans les journaux désignés par l'article 696; inconvénient peu grave, d'ailleurs, de former double emploi avec le placard et de nécessiter deux insertions;

Et elle aurait le même avantage, la publicité.

Cette publicité donnée à la sommation serait peu coûteuse puisqu'elle résulterait de quelques lignes ajoutées à l'insertion légale.

2° En substituant le juge de paix du domicile de la partie saisie, et dans le cas où ce domicile serait inconnu, le juge de paix de la situation des biens saisis, au procureur impérial; et en ajoutant :

« A cet effet, ce magistrat recherchera soit dans les actes de » l'état civil, soit dans les greffes de justice de paix, soit dans » les études des notaires, qui seront tenus de mettre à sa dispo- » sition tous les documents utiles, la date et les conditions des » contrats de mariage, et celles des délibérations relatives aux » mineurs ou aux interdits. »

On a objecté, aux dispositions proposées par la Chambre des pairs, les raisons suivantes :

1° Cette innovation n'est point une loi de procédure, mais une loi qui déroge au Code Napoléon.

Le Code Napoléon règle tout ce qui concerne les hypothèques, et l'on établit ici des dispositions qui modifient le régime hypothécaire. Le Code Napoléon règle les effets de la vente, et l'on modifie ici les effets de la vente.

Il faut éviter ces réformes par *lambeaux*, qui peuvent ne pas se coordonner avec l'ensemble du Code. De cette manière, au lieu d'éteindre les difficultés, on en suscite de nouvelles.

2° Le projet compromet les droits des incapables, que le législateur s'est toujours attaché à protéger.

En effet, le vœu de la loi est que la purge ne s'opère pas sans que les créanciers aient été avertis. Dans ce but, elle devait charger de l'avertissement celui qui avait intérêt à ce qu'il parvint. Le projet, au contraire, impose l'obligation de faire des sommations à celui qui a intérêt à ne pas les faire, parce que les créanciers sommés pourraient prendre rang avant lui.

3° Le poursuivant n'est point, comme l'adjudicataire, pourvu

des titres et documents propres à lui faire connaître les ayants droit à sommer.

4° Quand le poursuivant viendra alléguer qu'il ne connaît pas les personnes auxquelles il eut dû faire des sommations, il sera fort difficile, sinon impossible, d'établir contre lui la preuve contraire.

5° Le droit de produire à l'ordre, tant que le prix n'a pas été distribué, n'est point une garantie suffisante; car le poursuivant intéressé peut accélérer la marche de cette procédure, de manière à ce qu'elle s'accomplisse ignorée du créancier à hypothèque légale, qui ne sera pas sommé.

6° L'innovation proposée augmenterait les frais en rendant obligatoire, incidemment à la procédure de saisie, la purge dont un grand nombre d'acquéreurs se dispensent aujourd'hui.

7° Le poursuivant ne pouvant connaître tous les créanciers dispensés d'inscriptions et leurs domiciles, se trouverait dans l'impossibilité de faire une purge valable, et dès lors l'adjudicataire, pour prévenir l'action de ces créanciers, serait obligé de la recommencer.

8° Enfin, le mode actuel est loin de présenter les inconvénients qu'on lui reproche, car les délais ne sont point augmentés, puisque la purge s'accomplit pendant la procédure d'ordre.

Mais il n'est aucune de ces objections auxquelles on ne puisse victorieusement répondre. Je répondrai ainsi :

1° L'innovation proposée ne déroge point au Code Napoléon; elle pourvoit à une lacune; elle résout une question longtemps controversée, celle de savoir si la vente forcée purge les hypothèques dispensées de l'inscription. Longtemps la Cour de cassation et les Cours d'appel ont décidé que ces hypothèques étaient purgées par l'adjudication sur saisie, quoique ceux à qui elles appartenaient n'eussent point été appelés à la saisie. Il est vrai que, depuis, l'arrêt du 22 juin 1833 (Cassation, Sirey-Devilleeneuve, 33, 1, 449; Dalloz, 33, 1, 234; *Journal du Palais*, 1834, t. XXV, p. 598) a changé cette jurisprudence. Le motif unique de ce changement a été que les créanciers ayant hypothèque légale non inscrite, ne sont point appelés pour assister à la poursuite; qu'ils ne peuvent venir y défendre leurs droits, et qu'il y aurait injustice à les en dépouiller. Mais il s'agit précisément de prescrire qu'on les appelle. C'est bien là, à coup sûr, une affaire de procédure; et, cette disposition intro-

duite, il est naturel, il est nécessaire qu'on en déduise les conséquences ou les effets.

Ici il n'est pas possible de séparer le fond de la forme ; l'un et l'autre se lient intimement.

L'objection naît d'un scrupule que quelques rapprochements suffiront à lever. Les articles 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688 du Code de procédure civile, règlent les conséquences de la dénonciation de la saisie par rapport à la possession du saisi, au droit de propriété, à la jouissance des fruits, à l'existence des baux, à l'immobilisation des loyers, aux droits mêmes des tiers-acquéreurs ou prêteurs, etc., etc.

L'article 717 subordonne à certains délais et certaines formalités, l'exercice de l'action résolutoire, et, sous ce rapport, déroge formellement aux articles 1654 et 2262 du Code Napoléon.

Le Code de procédure renferme beaucoup d'autres articles qui touchent plus ou moins au fond du droit ; bien qu'ils soient abrogés, nous pouvons rappeler à cet égard les anciens articles 834 et 835.

Enfin, il suffit de lire les dispositions du Code Napoléon pour se convaincre qu'il ne s'est occupé que de l'aliénation volontaire, et qu'il a laissé au Code de procédure le soin de régler les effets de l'adjudication sur saisie.

La méthode et le classement sont de bonnes choses sans doute ; mais on peut dire d'elles, comme de tant d'autres excellentes choses, qu'il n'en faut pas abuser. Repousser une innovation heureuse, sous prétexte qu'elle doit trouver ailleurs sa place, c'est souvent ajourner pour longtemps le bienfait d'une réforme utile.

Ajoutons, pour ne point sortir de notre sujet, que si le Code de procédure civile renferme des dispositions qui touchent au fond du droit, le Code Napoléon en contient d'autres qui règlent véritablement des procédures, tels sont les articles 2183, 2184, 2185, 2187, 2194 du Code Napoléon.

C'est qu'en effet il est souvent impossible d'éloigner la conséquence de son principe, de placer l'une dans un Code et l'autre dans un second Code, et qu'en pareil cas la meilleure des méthodes est d'éviter l'obscurité et la confusion. Il n'y a, dans l'économie des lois, rien de plus sacramental que la clarté.

2^o Le danger de confier au créancier poursuivant le soin

d'appeler des créanciers qu'il peut avoir intérêt à écarter, est une objection plus sérieuse ; mais on pouvait en dire autant de l'avertissement à donner au vendeur, prescrit par l'article 692 du Code de procédure civile (loi du 2 juin 1841), et cependant l'expérience a confirmé les avantages de cette innovation, et la pratique n'a révélé aucun abus.

C'est qu'en effet l'exécution de la mesure a été placée sous la sauvegarde de la responsabilité de l'avoué, auquel l'article 7 de l'ordonnance du 10 octobre 1841 a accordé un émolument spécial, tout à la fois pour l'examen de l'état des inscriptions et pour préparer la sommation au vendeur de l'immeuble saisi.

Il serait juste et nécessaire d'allouer à l'avoué un droit semblable (à Paris, 6 fr. ; dans le ressort, 4 fr. 50 cent.) pour l'examen des titres, la recherche des créanciers pouvant avoir des hypothèques légales, et la rédaction de la sommation à leur adresser.

Au surplus, la double précaution d'une publicité spéciale résultant de la mention de la sommation dans l'insertion du placard au journal, et de la mission donnée non au procureur impérial, qui pourrait difficilement la remplir, mais au juge de paix, plus rapproché des parties, plus initié à leurs intérêts, obvie à l'inconvénient signalé et prévient ou répare le mal qui résulterait de l'incurie ou de la fraude du poursuivant.

3° S'il est vrai que le poursuivant ne soit pas, comme l'adjudicataire, pourvu des titres et documents propres à lui faire connaître les ayants droit à hypothèque légale, son avoué, stimulé par le devoir et par sa responsabilité, se procurera aisément ces renseignements, soit par l'huissier qui aura fait la saisie, soit par le maire de la commune ou par le notaire de la famille, soit surtout par le juge de paix, qui, sommé lui-même, dans tous les cas, s'empressera de se mettre en rapport avec l'officier ministériel chargé de régulariser la procédure.

Peut-être serait-il juste et utile d'intéresser l'avoué poursuivant à ce qu'une sommation directe fût faite, en lui allouant pour ce cas une deuxième vacation.

4° Il peut être vrai de dire qu'il sera difficile d'établir contre le poursuivant la preuve qu'il connaissait les personnes auxquelles il eut dû faire les sommations, mais, dans le système que je propose, il ne pourra jamais, sous prétexte de cette ignorance, se dispenser ni de la sommation à faire au juge de

paix, ni de la mention de cette sommation dans l'insertion de l'affiche au journal. Ajoutons que son avoué aura fait des démarches pour découvrir les intéressés, ou qu'il sera resté inactif; dans le premier cas, si ces démarches n'ont point abouti, l'ignorance et la bonne foi du poursuivant seront établies; dans le second, le poursuivant pourra être réputé responsable, sauf son recours contre l'avoué négligent.

5° Pour apprécier la réponse à faire à l'objection tirée de ce que le poursuivant l'ordre, intéressé à écarter des hypothèques légales le primant, pourrait accélérer la marche de la procédure, de manière à ce qu'elle s'accomplisse comme se serait accomplie la saisie, à l'insu des créanciers ayant droit à cette hypothèque, il faut se rappeler qu'aux termes de l'article 750 du Code de procédure civile, c'est au saisissant qu'appartient de préférence la poursuite de l'ordre.

Or, s'il use de son droit, il poursuivra l'ordre après avoir poursuivi la saisie. Comment admettre que son avoué et lui, après avoir compromis leur responsabilité en n'avertissant pas les intéressés, bien qu'ils les connussent, seraient assez coupables et assez imprudents à la fois, pour accélérer la marche de l'ordre, de manière à ce qu'elle restât ignorée des intéressés?

Mais cette crainte est chimérique. La procédure d'ordre a une durée et une publicité telles (à cause des sommations aux créanciers inscrits et des productions qui s'ensuivent), qu'il est difficile, sinon impossible, d'admettre qu'elle puisse être ignorée de la femme, du tuteur ou du subrogé tuteur, et surtout de leur avoué, car il n'en est pas un qui ne connaisse les ordres pendants au greffe.

Tenons donc pour constant que la garantie résultant du droit qu'auraient les femmes, les mineurs, les interdits, etc., de produire à l'ordre jusqu'à sa clôture, ajoutée à toutes celles déjà énumérées, serait une garantie très-réelle et très-sérieuse.

6° L'objection tirée de l'augmentation des frais manque de gravité. De quoi s'agit-il en effet? de deux ou trois actes d'huisier (nous ne parlons pas des quelques lignes d'impression que nécessitera la mention à ajouter à l'insertion du placard) et de la vacation ou des deux vacations, le cas échéant, de l'avoué?

Qu'est-ce que ces frais mis en balance avec l'intérêt des femmes, des mineurs, des interdits, avec les raisons qui militent en faveur d'une purge antérieure à l'adjudication?

Remarquons d'ailleurs que ces frais dispensent de ceux bien plus considérables qu'entraîne, dans le système actuel, la nécessité d'une purge légale postérieure à l'adjudication.

Or si l'adjudicataire suit cette procédure, les frais sont en définitive au préjudice des créanciers, car ils sont entrés en ligne de compte lors des enchères; s'il ne la suit pas, les droits des femmes, des mineurs, etc., sont compromis.

7° L'adjudicataire ne sera jamais obligé de recommencer la purge, puisqu'elle se sera accomplie sous la responsabilité du poursuivant, soit que des sommations directes aient été faites, soit qu'il n'y ait eu de sommé que le juge de paix.

8° Enfin, s'il est vrai qu'à la rigueur la purge légale puisse s'accomplir en même temps que la procédure d'ordre, en fait et dans la pratique, elle précède le plus ordinairement celle-ci.

Il y a donc perte de temps dans le système actuel. Mais ce système présente un inconvénient plus grave : le danger d'une surenchère de la part d'un créancier à hypothèque légale; surenchère remettant tout en question et retardant la distribution du prix.

Par la purge antérieure à l'adjudication, ce danger disparaît sans inconvénient pour les intéressés, qui peuvent enchérir à l'adjudication ou surenchérir dans la huitaine.

En résumé, la purge antérieure à l'adjudication faite incidemment à la poursuite de saisie immobilière a de grands avantages.

Elle rentre dans le droit commun, puisqu'en principe l'adjudication forcée opère la purge.

Elle fait disparaître toute distinction entre les créances inscrites et celles non inscrites, sans préjudice pour ces dernières.

Elle restitue aux aliénations faites sans la sanction de la justice, toute la confiance qu'elles doivent inspirer.

Elle réalise une économie de frais, si on la compare à la procédure de purge postérieure et spéciale.

Elle éloigne toute crainte de trouble ou de surenchère, sans enlever aux vendeurs ou à leurs créanciers aucune garantie au point de vue du juste prix à obtenir.

Elle accélère enfin le moment impatientement attendu d'une distribution amiable ou judiciaire entre les créanciers.

Ces avantages, combinés avec les garanties tirées : 1° d'une sommation faite dans tous les cas au juge de paix du domicile

du saisi ou de la situation des biens; 2° de la mention des sommations dans l'insertion au journal; 3° du stimulant qu'imprimeront à l'avoué du poursuivant son intérêt et sa responsabilité; 4° du droit pour la femme, le mineur, l'interdit, etc., de produire jusqu'à la clôture de l'ordre, ou, en cas d'ordre amiable, de se présenter jusqu'à parfait paiement; ces avantages joints à ces combinaisons, disons-nous, l'emportent de beaucoup sur quelques rares inconvénients possibles, font disparaître même ces inconvénients, et réalisent une mesure sage réclamée depuis longtemps par tous les jurisconsultes, et surtout par les hommes d'expérience et de pratique.

J. LELORRAIN.

DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

D'APRÈS LES LOIS ALLEMANDES.

Par M. BEAGSON, docteur en droit.

(Suite et fin ¹.)

25. Avant d'aborder l'examen du problème, dans quelles limites il serait possible d'appliquer à la propriété *parcellaire* le système de transcription que je viens de décrire, il me reste à compléter le tableau très-sommaire du régime foncier du nord de l'Europe. Bien que, dans ces diverses contrées, les conditions de la propriété, du moins dans leur développement historique, reposent sur des bases analogues, elles n'en présentent pas moins très-souvent, entre elles, des contrastes remarquables. Prenons pour exemple le régime foncier des contrées slaves, où le sol est resté jusqu'à nos jours exclusivement seigneurial, de la Pologne et de la Russie. Grâce à l'influence des institutions de crédit, il a atteint en Pologne un degré de prospérité qui lui a permis de supporter aisément de rudes épreuves. La noblesse polonaise, naguère souveraine, turbulente, dissipée, devenue économe et sédentaire, a appris à

¹ V. t. XI, p. 541.

demander aux ressources du crédit les moyens de développer la production d'un sol richement doté par la nature. La *Société de crédit (towarzystwo kredytowe)* répand comme une source abondante les germes d'un bien-être fécond dans le pays. En Russie, au contraire, le régime foncier n'est qu'à peine ébauché; le crédit privé n'y existe pas encore; la terre est rongée par l'usure. Et cependant dans quel pays l'intervention des capitaux pourrait-elle se produire sur une aussi vaste échelle? Quel sol immense à défricher et à coloniser? Que ne deviendrait cette longue plaine connue sous le nom de *terre noire* et appelée à devenir un jour le grenier d'Europe, qui s'étend depuis la rivière du Don jusqu'à la frontière de Hongrie, avec un système de colonisation et de crédit sagement appliqué? L'exemple des États-Unis n'est-il pas là pour constater les résultats qu'on est en droit d'attendre de l'action simultanée de deux aussi puissants agents? Il est vrai que les conditions de la propriété se présentent en Russie avec un caractère tout spécial. Il n'existe peut-être aucun pays de quelque étendue en Europe, et c'est là, sans doute, un fait très-remarquable, où la stabilité de la propriété soit moins fréquente qu'en Russie. Une circonstance qui y contribue essentiellement au morcellement de la propriété, c'est qu'elle se divise par portions égales entre tous les fils (les filles n'ont droit qu'au huitième des meubles et au quatorzième des immeubles de la succession paternelle). Cette distribution s'effectue toujours en nature, la rareté des capitaux dans l'intérieur de l'empire ne permet guère de substituer au partage en nature des compensations en argent.

Le morcellement de la propriété, loin d'être un obstacle au progrès et à l'agriculture, en devient, au contraire, un auxiliaire énergique, lorsque, comme en France, en stimulant l'esprit de possession et de travail, il tend en même temps à l'accroissement incessant du nombre des propriétaires-cultivateurs. Dans ce cas, il est à désirer seulement que les lois posent de sages limites au morcellement progressif des parcelles. Mais en Russie l'égalité des partages se présente avec un caractère tout différent. La noblesse russe, en possession de plus de la moitié de tout le sol cultivé (l'autre moitié fait partie des domaines de la couronne), ne le cultive pas elle-même. La noblesse russe n'est pas une noblesse de campagne. La plus grande partie de cette noblesse n'a ni résidence à la campagne ni exploitation rurale,

comme la noblesse polonaise et celle de l'Europe occidentale. Toutes les terres appartenant à la noblesse ont été cédées aux communes de paysans, qui les cultivent moyennant une taxe payable au seigneur (*olwok*). Les communes procèdent à une répartition, autrefois annuelle, aujourd'hui moins rapprochée, des terres labourables entre les différentes familles qui les détiennent ainsi, non pas en pleine propriété, mais seulement à titre de jouissance temporaire. Ces communautés rurales ne méritaient-elles pas de fixer un instant l'attention de ces théoriciens de nos jours, qui sont allés chercher en Icarie la réalisation de leurs utopies absurdes¹ ?

Une autre circonstance contribue encore à l'extrême mobilité de la propriété en Russie. Le trafic des terres, et des paysans qui y sont attachés, s'y opère sur la plus vaste échelle. Il a pris surtout du développement à partir de l'époque où les Russes ont appris à connaître le confort de l'Europe occidentale, c'est-à-dire, depuis 1815. Pour se le procurer, ils durent s'imposer de grands sacrifices, parce qu'en Russie tout est encore plus cher qu'ailleurs. Depuis cette époque, le luxe s'y est accru outre mesure. Les terres ont été obérées et vendues. On peut dire qu'en Russie une grande fortune ne parvient jamais à la troisième génération.

Le législateur, et c'est là le point important auquel je dois m'arrêter, n'a pas peu contribué à comprimer l'essor du crédit territorial. En Russie, comme dans bien d'autres pays, il s'est préoccupé exclusivement des intérêts du débiteur, tout en encourageant la mauvaise foi et la chicane. C'est ainsi qu'en matière d'expropriation il n'a permis au créancier de procéder à la saisie de l'immeuble hypothéqué qu'un an après l'échéance de la créance. Bien que le taux légal soit limité à 6 p. 100 (art. 1733 du Code-Svod), le prêteur a presque toujours soin de stipuler des intérêts beaucoup supérieurs, soit en les comptant dans le capital, soit en se les faisant payer d'avance. Il est vrai que les banques de l'État prêtaient à 5, et prêtent même aujourd'hui à 4 p. 100, mais seulement sur un certificat des chambres civiles, qui, sous leur responsabilité personnelle, sont tenues de prendre toutes les précautions possibles pour

¹ V. sur l'organisation de la commune russe (*mir*), les excellentes *Études sur la Russie* publiées par M. de Haxthausen, t. III, p. 132 et suiv.

constater l'état réel de l'immeuble. Elles ne prêtent, en outre, que pour une valeur bien inférieure à la valeur effective de l'immeuble. Le chiffre des prêts faits par ces établissements n'en atteint pas moins des proportions énormes. La plus grande partie des propriétés seigneuriales est engagée dans les *Lombards* et dans la banque de l'empire. D'après un recensement du 1^{er} janvier 1842, plus de cinq millions et demi d'âmes, ou plus de la moitié des serfs russes, étaient engagés dans ces établissements pour des sommes dont le total dépassait 300 millions de roubles d'argent, c'est-à-dire, le sixième de la valeur de toutes les propriétés particulières¹.

Notons enfin, comme un dernier obstacle au développement du crédit privé en Russie, que des classes nombreuses, notamment celle si considérable des personnes engagées au service de l'État, sont affranchies de la contrainte par corps.

Malgré toutes ces circonstances si peu favorables à l'essor du crédit, on rencontre cependant, dans le Code-Svod, des dispositions d'une sagesse incontestable, et de nature à former les premiers jalons d'une bonne législation hypothécaire. Sainement développées et étayées d'une bonne loi de procédure, en rapport avec les vrais besoins de la propriété, elles suffiraient, sans doute, pour reconstituer le crédit foncier sur des bases solides. Je vais essayer de les résumer.

26. Aux termes de ce Code, tous les actes relatifs aux biens immeubles doivent être inscrits sur les registres fonciers. Ils sont de deux espèces : les uns sont dressés sur les registres fonciers et sont appelés *actes passés aux registres fonciers* ; les autres n'y sont inscrits que pour être certifiés ou corroborés (*Kreportnaïa pochlina*, droit de corroboration²). Ce sont notamment les contrats de vente d'immeubles, et les emprunts avec engagement d'immeubles.

A cet effet, les livres fonciers sont établis près de chaque tribunal de district (arrondissement) et près de certains tribunaux de commerce. Les tribunaux doivent veiller à la bonne tenue et à la régularité de ces registres, et empêcher les faux et les chicanes. Ils nomment et révoquent les greffiers et les

¹ V. M. de Haxthausen, p. 54.

² C'est aussi le nom du droit perçu par la couronne pour tout immeuble vendu, et qui s'élève à 4 p. 100 du prix de vente; elle perçoit en outre un droit de timbre proportionnel au prix de la vente.

inspecteurs fonciers. Au mois de janvier de chaque année, ils envoient aux chambres de finances les registres de transcription, les originaux des registres de recettes et de dépenses, avec les pièces justificatives. Ces chambres doivent terminer la vérification dans l'espace d'un mois. A la fin de l'année, les registres et transcriptions ainsi vérifiés sont remis au gardien désigné par le tribunal. Un rapport doit en outre être adressé, chaque année, par les autorités provinciales, au ministre de la justice, sur la comptabilité des tribunaux.

Pour faire dresser un acte, les parties déclarent à l'inspecteur des registres fonciers les conventions qu'il renferme, ou lui présentent un projet rédigé d'avance. L'inspecteur examine si les conventions des parties ne contiennent rien de contraire aux lois, et, s'il n'y a pas d'empêchement, il donne au greffier l'ordre de dresser l'acte. La minute en est soumise au tribunal, qui la fait revêtir de cette mention : *accompli conformément à la loi*. L'acte est transcrit textuellement sur un registre particulier appelé *répertoire*, et il en est donné réécopié aux parties. La minute est déposée aux archives. Le tribunal, qui a reçu un acte translatif de propriété, est tenu : 1° d'en envoyer au sénat dirigeant, à Saint-Petersbourg et à Moscou, une copie pour être insérée dans la *Gazette du Sénat*; 2° d'envoyer une copie de cette publication dans le gouvernement et le district de la situation de l'immeuble; 3° il doit en outre, lorsqu'il s'agit d'actes d'aliénation d'un immeuble, faire des recherches sur les registres alphabétiques de saisie à l'égard du vendeur et de l'acquéreur (oukazes du 11 septembre et du 24 novembre 1847). Si l'immeuble est engagé dans l'un des établissements de crédit de l'État, une copie doit lui être envoyée, et il est défendu de dresser aucun acte d'aliénation sans l'autorisation de cet établissement.

L'acte relatif à un immeuble peut être délivré *dans quelque gouvernement que soit situé l'immeuble*. Dans les gouvernements de Tschernigoff et de Pultava seulement, régis naguère par le statut lithuanien, les actes relatifs aux immeubles doivent être dressés sur une déclaration faite devant le tribunal, *dans le ressort duquel est situé l'immeuble*. Faits devant un autre tribunal, les actes sont nuls. Il existe à cet effet dans ces deux gouvernements, dans les chambres civiles et les tribunaux de district, des registres cotés spéciaux, dans lesquels on transcrit les

actes que les parties veulent rendre authentiques, notamment ceux qui concernent les obligations et engagements d'immeubles (section 7, art. 594-600).

La corroboration des actes s'opère par la mention de la transcription sur les registres fonciers et l'indication du numéro d'ordre et de date; il est délivré à celui qui l'a présenté et qui en donne récépissé. L'acte ainsi certifié et délivré est valable comme un protocole judiciaire (733-734).

Enfin l'acquéreur d'un immeuble, en vertu d'un acte foncier, doit demander l'envoi en possession ou la tradition. A cet effet, il présente l'acte au tribunal de district, où l'immeuble est situé. Si la validité de l'acte n'est pas contestée, le tribunal ordonne l'envoi en possession. A cet effet, il est apposé à la porte du tribunal une affiche indicative de l'immeuble aliéné, du nom de l'acquéreur et de l'acte d'aliénation. Si dans l'espace de deux années il n'est pas formé de réclamation, l'acquéreur est déclaré définitivement propriétaire de l'immeuble.

Le nom d'hypothèque ne se rencontre pas dans le Code russe. Ce Code lui a substitué celui de *garantie immobilière* ou engagement de l'immeuble (titre 2, livre IV). Par l'engagement des immeubles, on garantit : 1° les conventions avec le fisc, notamment celles qui ont pour objet les marchés et les fournitures, les fermages des censitaires et les biens à serfs; 2° les conventions avec les particuliers. L'acte qui a pour objet de garantir un engagement sur un immeuble s'appelle *acte d'engagement* d'un immeuble. Il doit être dressé sur les registres fonciers et signé par deux témoins. Après avoir fait dresser l'acte, le tribunal frappe d'opposition la vente de l'immeuble engagé, et en fait publier l'avis dans la *Gazette du Sénat*. L'endossement de l'acte d'engagement d'un immeuble est prohibé. Si, à l'échéance, la dette est payée, il en est fait mention sur l'acte d'engagement, ainsi que sur un registre spécial tenu à cet effet. Le tribunal ordonne la main-levée et en fait insérer l'avis dans la *Gazette du Sénat*.

27. Le législateur russe, on le voit, a cherché de pourvoir, par une foule de dispositions minutieuses, à la régularité et à la bonne tenue des registres fonciers. Il a sous ce rapport beaucoup emprunté aux lois allemandes, et notamment à la loi prussienne. Mais, il faut l'avouer, il s'est arrêté à moitié chemin, en perdant de vue les conditions fondamentales, qui ont assuré

le succès du système allemand. Ainsi on rencontre dans le Code-Svod une excellente disposition, aux termes de laquelle les actes relatifs aux immeubles doivent être passés devant le tribunal, dans le ressort duquel est situé l'immeuble. Mais cette disposition, il la limite aux gouvernements de Tschernigoff et de Pultava, en même temps qu'il prescrit expressément que les actes fonciers peuvent être passés dans quelque gouvernement que soit situé l'immeuble. Quelle confusion ne doit pas résulter d'une disposition semblable? quelles facilités accordées à la mauvaise foi et à la fraude? Qu'est-ce qui vient révéler à l'acquéreur, aux créanciers d'un immeuble situé à Moscou ou à Saint-Petersbourg, l'existence d'un acte de vente ou d'hypothèque, relatif au même immeuble, qui a été passé sur les registres fonciers d'Odessa? Il est vrai qu'aux termes d'un oukaze du 11 septembre 1847, une copie de la publication de la vente doit être envoyée dans le district de la situation de l'immeuble. Mais cette publicité peut-elle être regardée comme une garantie suffisante, pour assurer les droits des créanciers? Et encore faudrait-il que cette formalité fût toujours strictement observée, ce qui, malheureusement, n'a pas lieu.

En dehors des registres fonciers, il existe encore, à la vérité, un registre ou répertoire général, destiné à faire connaître les mutations de propriété opérées dans toute l'étendue de l'empire, et déposé aux archives du sénat. Une copie en est envoyée dans le chef-lieu de chaque gouvernement. Dans ce répertoire général doivent être transcrites par ordre alphabétique, sous les noms des vendeurs et des acquéreurs, les actes d'aliénation et d'hypothèques, dont la conservation générale forme l'une des attributions du sénat dirigeant. Mais quel est le fil conducteur, pour se retrouver dans cet immense dédale? Pour faire une recherche, il faut se procurer une connaissance exacte du nom du propriétaire actuel. Or, il suffit de rappeler qu'en Russie, à l'exception des grandes familles aristocratiques, l'usage exclusif des noms propres s'est maintenu, jusqu'à nos jours, dans ses formes primitives. Les fils se contentent d'ajouter à leurs noms le prénom de leur père. Qu'on songe, dès lors, à la synonymie si fréquente de ces noms propres, tels que les Ivan, les Wasile, les Grégoire, et l'on se fera aisément une idée de la confusion qui doit régner dans les registres alphabétiques de saisie. Aussi les tribunaux auxquels les lois imposent l'obliga-

tion, chaque fois qu'il s'agit d'une aliénation d'immeubles, de faire des recherches sur les registres alphabétiques à l'égard du vendeur et de l'acheteur, se trouvent-ils réduits à la presque impossibilité de se conformer à cette disposition. Ils s'en dispensent le plus souvent, ou bien ils se contentent d'énoncer une déclaration mensongère. Ainsi, on le voit, la publicité créée par le Code-Svod, dans l'intérêt de la propriété, est purement illusoire, et est devenue la source d'un désordre plein d'arbitraire. Le législateur en négligeant de l'établir au siège même de l'immeuble, là où elle peut se révéler avec une certitude complète, en la faisant converger vers le sommet de l'édifice administratif, pour rester confinée dans les bureaux du sénat, a manqué entièrement son but. Rien n'a été plus facile que de créer, dans les registres fonciers du tribunal de district, un foyer permanent, de nature à éclairer sous son vrai jour la situation sincère, réelle, de la propriété territoriale. Il suffisait pour cela que les actes fonciers fussent classés sur les registres, de manière à ce qu'un compte spécial y pût être ouvert à chaque immeuble, porté sur ces registres sous un *folio* distinct. Il fallait en outre que les actes de mutation, relatifs à l'immeuble, fussent transcrits sur les registres fonciers du district où il est situé. C'est ce que prescrivait la loi prussienne. En se rapprochant sous ce rapport de son modèle, la loi russe lui emprunterait l'une de ses dispositions les plus efficaces pour la constatation de la propriété. Nulle part la condition de la propriété territoriale n'a autant à espérer de l'initiative bien dirigée du législateur qu'en Russie. Nulle part ses progrès futurs ne se rattachent d'une manière aussi directe à l'établissement d'un bon régime hypothécaire. Nulle part l'action du crédit foncier ne produirait des résultats aussi féconds que sur ce sol vierge et immense. En perfectionnant ses institutions foncières de crédit, par un nouvel emprunt fait aux lois hypothécaires de l'Allemagne, la Russie réaliserait un nouveau progrès considérable dans sa voie de rapprochement de l'Europe occidentale.

28. Si en Russie nous voyons un législateur éclairé, souvent arrêté dans sa marche vers le progrès, par l'état arriéré et les préjugés d'un peuple peu avancé dans la voie de la civilisation, la législation des pays scandinaves se présente sous un caractère différent. Les lois de ces diverses contrées n'ont été, en tout temps, qu'un reflet exact et fidèle de cou-

tumes traditionnelles. Elles ont gardé jusqu'à nos jours le cachet indestructible de leur antique origine et de leur parenté étroite. C'est là surtout le caractère de la propriété et du régime foncier scandinaves. Les modes de constatation des mutations de la propriété, les règles relatives à la tradition ou à la saisine, à la constitution de l'antichrèse et de l'hypothèque, n'ont pas changé depuis des siècles, et présentent, dans leurs formes primitives, un contraste remarquable avec celles en vigueur aujourd'hui dans le reste de l'Europe.

En Suède, le régime foncier est encore aujourd'hui celui du Code de 1718, modifié seulement, en quelques points, par la loi du 13 juillet 1818. Tout acte de vente d'une propriété rurale doit être présenté, pour produire son effet, devant le juge de district (*harads-hofding*) de la situation de l'immeuble¹. Le contrat est lu à trois audiences publiques. Si personne n'attaque la vente dans l'an et jour après cette proclamation, le juge délivre un brevet de ratification de la vente. L'acte de vente d'une propriété urbaine est lu publiquement trois fois, à un mois d'intervalle, à l'hôtel de ville. Le conseil de ville confirme la vente, si douze semaines se sont écoulées, depuis la troisième lecture, sans que personne n'ait réclamé. Si la même propriété a été vendue plusieurs fois, la première vente est seule valable. Ces dispositions s'appliquent également à l'échange ou à la donation d'un immeuble.

Le créancier qui fait inscrire l'engagement d'hypothèque sur les registres d'un tribunal, a un droit de propriété sur les autres. A cet effet, la loi de 1818 prescrit que le créancier qui veut prendre une inscription sur les immeubles de son débiteur, doit en adresser la demande au juge du lieu de la situation, et joindre à sa requête la reconnaissance de la dette. Cette demande est lue publiquement et inscrite sur un procès-verbal dressé par le juge, pourvu que le débiteur y consente par un acte de reconnaissance ou autre, confirmé par témoins. A défaut d'un acte semblable, le débiteur doit être assigné et entendu. L'inscription prend rang du jour de la demande. Lorsqu'un immeuble est grevé à la fois d'une hypothèque générale et d'hypothèques spéciales, le créancier ne peut se faire payer sur le prix d'un

¹ En Suède comme en Angleterre, la justice dans les campagnes est restée ambulante. Le juge de district ne tient session qu'à certaines époques de l'année.

immeuble qu'après la discussion des autres immeubles du débiteur commun. Toute inscription hypothécaire, pour conserver son rang, doit être renouvelée tous les dix ans. — Les inscriptions hypothécaires sont portées sur des procès-verbaux distincts. Elles sont reliées ensuite en un seul volume. En marge de chaque procès-verbal on inscrit le nom du créancier et de l'immeuble *proclamé*. Les juges de district transmettent à la Cour supérieure les procès-verbaux d'inscription un mois après la tenue de leur session. Les tribunaux de ville font un envoi semblable tous les mois, dans la première quinzaine.

29. Le régime foncier de la *Norwége*, bien qu'il repose sur des bases à peu près identiques, se présente cependant avec un caractère bien plus développé. D'après les lois norvégiennes, les biens meubles, comme les immeubles, sont susceptibles d'hypothèque. A cet effet, elles distinguent deux espèces de registres :

1° Les registres personnels, qui sont destinés à recevoir les inscriptions des droits réels sur les meubles ;

2° Les registres réels, qui sont consacrés à l'inscription des droits réels sur les immeubles.

Ces registres sont tenus dans les villes par les greffiers, et à la campagne par les juges de première instance remplissant en même temps les fonctions de greffiers.

Toutes les hypothèques doivent être inscrites, même celles de l'État sur les biens de ses comptables. Aucun droit réel ne peut être acquis s'il n'est inscrit. Pour faire opérer l'inscription, le titre constitutif du droit réel est remis au greffier qui fait procéder à la lecture publique de l'acte devant le tribunal, en sorte que cette lecture devient toujours la formalité préalable à l'inscription de l'acte. Mention doit en être faite au pied du titre. Le titre seul, et non l'inscription sans le titre, constitue le droit réel.

Chaque propriété immatriculée a son *folio* spécial sur les registres réels ; si elle est divisée, chaque parcelle a un *folio* distinct. Les actes constitutifs d'hypothèque doivent être lus, quand il s'agit de meubles, devant le tribunal de l'arrondissement ou de la ville où le débiteur est domicilié, et pour les immeubles, devant le tribunal de l'arrondissement ou de la ville où ils sont situés.

La date d'une inscription remonte au jour de la signature,

si la lecture en est faite dans le délai fixé par le Code civil ; sinon, elle ne date que du jour de la lecture.

Conformément à l'article 2147 C. Nap., deux contrats reçus le même jour donnent aux créanciers le droit d'exercer leur hypothèque à la même date, concurremment au marc le franc.

Les intérêts, s'ils ont été stipulés, ne sont colloqués avec le capital que pour une année.

Le débiteur peut consentir une hypothèque générale qui frappe tous les biens présents et à venir ; mais alors, pour les immeubles, une lecture doit être faite à chaque acquisition nouvelle.

La cession de créances hypothécaires s'opère comme celle de toutes autres créances ; la mention en est faite sur le titre, sans lecture ni nouvelle inscription.

Le débiteur ne peut pas vendre les meubles hypothéqués, mais il a la faculté d'aliéner les immeubles, sauf les droits des créanciers.

En cas d'hypothèque pour une créance constituée sur plusieurs propriétés vendues séparément, le créancier peut prendre le montant de sa créance sur le bien qui lui convient, s'il n'a déjà consenti à la diviser. Enfin une hypothèque peut être constituée sur les biens présents et à venir pour une dette encore indéterminée.

Si les créanciers ne sont pas payés à l'échéance, ils ont le droit de procéder à la vente aux enchères de l'objet hypothéqué, à la charge de citer préalablement le débiteur devant la commission de conciliation. En cas de vente forcée par suite de non-paiement, la vente doit être publiée pour les meubles quatorze jours, pour les immeubles quatre semaines avant le jour fixé pour la vente. Le terme de paiement pour le prix d'adjudication doit être au moins de trois mois pour les immeubles dans les villes, de six mois pour les biens-fonds ruraux, et de huit à quinze jours pour les meubles.

Les créanciers qui n'ont qu'un rang inférieur ne peuvent poursuivre la vente qu'autant que le paiement des autres est garanti. Les créanciers inscrits au même rang peuvent faire procéder à la vente de l'immeuble s'ils ne sont pas payés à l'échéance ; ils sont colloqués ensuite sur le prix par contribution.

Les créances hypothécaires ne sont pas prescriptibles.

Les hypothèques sont rayées :

1° Lorsque le titre constitutif de la créance et la quittance sont présentés au conservateur des hypothèques ;

2° Lorsque le titre a été amorti (raturé) ;

3° Lorsque l'adjudication a été confirmée par le tribunal supérieur, ou bien trois années après l'adjudication. Les documents qui établissent l'extinction de l'hypothèque doivent être lus en justice avant la radiation de l'inscription. Mention en est faite par le greffier au pied du titre.

30. En *Danemark* comme en Suède, en Norwège et à Hambourg, la transcription de l'acte de mutation d'un immeuble est précédé de la lecture publique de l'acte devant le tribunal. La transcription est suivie de la délivrance de l'immeuble, qui s'opère par la tradition d'un document authentique servant de titre de propriété. Ce document est délivré par le vendeur, qui y déclare que par la force du titre la vente est parfaite et la délivrance effectuée : il s'appelle *skiöde*. Le titre pour être opposé aux tiers doit être lu en justice dans le délai légal, c'est-à-dire à la première ou à la seconde séance du tribunal après le jour de la signature, dans la province où le bien-fonds est situé. Si le bien-fonds est situé dans une autre province, le *skiöde* est lu à la troisième ou à la quatrième séance. Le défaut de lecture du titre de propriété dans le délai légal le rend non opposable aux tiers. Cette lecture sert à annoncer au public que le vendeur ne peut plus aliéner ni hypothéquer l'immeuble vendu. Quand deux titres (*skiöde*) sont de même date et ont été lus en justice le même jour, il y a concurrence entre eux, sans qu'aucune antériorité puisse être accordée à l'un sur l'autre.

La loi danoise n'admet pas de privilège sur les immeubles. L'hypothèque subsiste sur les immeubles qui lui sont affectés. Elle résulte de la tradition d'un titre lu en justice. Lorsque la lecture du titre a été faite dans le délai légal, l'hypothèque est considérée comme parfaitement valable, aux yeux de la loi, du jour de sa date, sinon du jour de sa lecture faite devant le tribunal.

L'immeuble hypothéqué ne peut être vendu par les créanciers qu'aux enchères et après trois publications. Il est certaines circonstances où les créanciers en dernier rang peuvent, contrairement à la volonté du propriétaire, exiger quatre enchères, publiées chacune quatorze jours d'avance dans les journaux. Un créancier en dernier rang peut faire opérer la saisie légale

et vendre aux enchères publiques le bien hypothéqué, mais il ne peut rien toucher sans que les créanciers, préférables par leur rang, n'auraient pas obtenu le paiement intégral de leurs créances. Les créances auxquelles l'hypothèque légale est attachée, ne sont pas susceptibles de prescription, lors même que leur date remonterait au delà de dix ans. L'État a une hypothèque légale sur les biens des receveurs comptables. Les établissements publics ont les mêmes droits sur les biens de leurs administrateurs. L'hypothèque résultant d'un acte passé en pays étranger, sur des immeubles situés en Danemark, est valable quand il a été lu publiquement, et que toutes les formalités prescrites par les lois danoises ont été observées.

L'acte constitutif d'une créance hypothécaire, après avoir été lu en justice, est transcrit ensuite par l'employé chargé des fonctions de conservateur, sur les registres fonciers. Cet employé doit en délivrer un certificat au requérant, et ajouter en outre, sur le titre, l'énonciation des autres inscriptions lues en justice, en vertu desquelles le débiteur n'a plus la libre et entière disposition de ses biens. Les registres sont cotés et parafés à cet effet. Pour obtenir la radiation totale ou partielle d'une inscription, le débiteur dépose au bureau des inscriptions l'acte authentique contenant le consentement du créancier, qui déclare être payé. Sinon celui qui requiert la radiation doit présenter un document légal, en vertu duquel l'inscription est formellement rayée. La radiation doit être rendue publique comme l'inscription, et être lue à cet effet en justice.

31. Nous avons vu comment la transcription fonctionne dans les régimes fonciers de l'Allemagne, adoptés, en grande partie du moins, dans les principaux États du nord de l'Europe. La *skidde* scandinave, la *krepostnata* russe, l'*intabulation* de l'Autriche comme la *Umschreibung* de l'Allemagne, reposent sur une base identique. La transcription dans ce système se détache en quelque sorte du propriétaire, pour recevoir sur les registres fonciers une existence propre et absolue, pour devenir le point d'attache auquel viennent se lier, sans confusion, les droits de diverse nature qui en découlent. Elle reproduit à tout instant, sous une forme littérale, l'indivisibilité matérielle de l'immeuble, malgré la confusion des limites, des agrégations et des démembrements, et fait toujours retrouver l'immeuble, malgré les entreprises de la fraude et les effets destructeurs du

temps. Elle emprunte au sol cette fixité immuable qui en constitue l'essence. En faisant abstraction de la personne, en s'attachant exclusivement au fonds, c'est au fonds lui-même qu'elle ouvre directement un crédit sur les registres fonciers. En effet, c'est au fonds que s'adresse la confiance du prêteur ; c'est en lui qu'il veut trouver toutes ses garanties, et par lui qu'il cherchera plus tard à les réaliser. *Res non persona debet*. Le sol débiteur, voilà la fiction légale de ce système, qui a rétabli ainsi bien nettement la différence fondamentale qui existe entre le crédit réel et le crédit personnel.

Ce système, il est vrai, et on l'a répété assez souvent, n'a été conçu, dès le principe, qu'en vue de la grande propriété. Cependant, et c'est ce qu'il ne faut pas perdre de vue, il a suivi la propriété foncière dans les transformations successives qu'elle a subies, en Allemagne, depuis le commencement de notre siècle. Depuis l'initiative libérale prise par la Prusse dans les années mémorables de 1807 à 1811, le sol a été affranchi dans toute l'Allemagne. A côté de la grande propriété a été créée la petite propriété. Les cultivateurs affranchis des anciennes charges féodales, émancipés, sont devenus propriétaires des parcelles détenues par eux, pendant des siècles, à titre de concession précaire. Ils sont venus à leur tour puiser à la source féconde du crédit territorial, et recueillir les bienfaits d'un système qui accorde à chaque bien-fonds, quelle qu'en soit l'étendue, un numéro spécial sur le grand-livre de la dette foncière, en lui ouvrant un compte distinct.

Il est vrai encore que le système allemand a essentiellement pour base la division cadastrale. Chaque fonds de terre occupe sur le cadastre une place nettement indiquée. C'est ainsi que l'avait déjà établi l'ordonnance de 1783, dans les dispositions suivantes : Tous les immeubles situés dans un district doivent être inscrits sur les registres du district. L'inscription doit avoir lieu dans l'ordre des numéros, sans interversion du rang, depuis le premier fonds jusqu'au dernier (§§ 6 et 9). Rien de plus facile, dès lors, que de se rendre compte de la situation exacte d'un bien-fonds et de toutes les charges qui le grèvent. On n'a qu'à retrouver le numéro sous lequel il est porté sur les registres fonciers du district, et là sous ce numéro, sous son *folio* spécial, on distingue au premier coup d'œil le tableau complet de l'immeuble et de sa valeur exacte. Voilà donc l'*individualité* de

l'immeuble, avec ses deux principes de la réalité et de la spécialité des inscriptions, bien nettement établies.

32. La supériorité du système allemand est si évidente, ce système répond si bien à la nature même des choses, au caractère réel de la propriété et de ses démembrements, qu'il a dû fixer l'attention du législateur dans les pays mêmes régis naguère par le Code Napoléon. Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer les combinaisons savantes, par lesquelles le législateur polonais a réussi à opérer la réforme de cette partie si défectueuse de la législation française. Les combinaisons de la législation néerlandaise ne sont pas moins ingénieuses, et ont été couronnées d'un succès tout aussi complet. En Hollande comme en France la propriété foncière est extrêmement morcelée. Pour assurer l'exécution de la disposition du Code de 1838, qui prescrivait l'indication *cadastrale* pour la désignation des immeubles, on cherchait à compléter le cadastre parcellaire. Tout le territoire du royaume a été levé exactement sur des plans qui représentent exactement toutes les parcelles, telles qu'elles existaient à l'époque de la confection du cadastre. Un tableau indicatif par chaque commune contient la description de ces parcelles, par ordre numérique. Enfin une matrice, servant à rédiger le rôle de la contribution foncière, les indique sous le nom de chaque propriétaire. La conservation de la propriété foncière et des hypothèques fut rattachée, dès lors, à l'administration du cadastre, qui est en même temps celle de l'enregistrement. Dans le chef-lieu de l'arrondissement est établi le bureau de la conservation des hypothèques et du cadastre. Les inscriptions se font en Hollande comme en France, par ordre de dates, sur le registre des formalités. Il y existe aussi un registre général ou répertoire, tenu sous le nom des vendeurs, des acquéreurs et des propriétaires grevés d'hypothèque, mais contenant, outre les indications prescrites par la loi du 21 ventôse an VII (art. 18), l'indication cadastrale, c'est-à-dire, de la section, du numéro et de la contenance de chaque parcelle relatée dans les inscriptions. Vient ensuite un répertoire *indicatif* des parcelles cadastrales, dressé par chaque commune du ressort du bureau. Ce répertoire contient par ordre de sections les numéros des parcelles, d'après une proportion arithmétique non interrompue. Il renvoie au *registre général*, au moyen de simples notes; en sorte que, sous une forme très-simple, un

compte est ouvert à chacune des parcelles indiquées sur le registre. Ce *répertoire indicatif* est indépendant de la table *alphabétique* des propriétaires, mentionnée au registre général. Le Code de 1838 a cherché ainsi à réunir tous les avantages, en fournissant deux moyens distincts de procéder à la recherche des actes portés sur le registre foncier, et en faisant ainsi de l'inscription personnelle un auxiliaire utile de l'inscription réelle¹. Voilà vingt ans que ce système fonctionne en Hollande, sans, autant que nous le sachions, aucune plainte sérieuse se soit élevée, soit contre son principe, soit surtout sur les moyens adoptés pour en assurer l'exécution.

En Belgique également, lors de la réforme récente du régime hypothécaire, il fut question de la réunion de l'administration du cadastre avec la conservation des hypothèques. Le projet du gouvernement contenait à cet effet une disposition relative à l'indication cadastrale des immeubles inscrits, analogue à celle prescrite par le Code néerlandais. La commission de la deuxième chambre, il est vrai, s'était arrêtée devant les difficultés de l'exécution, qu'elle considérait comme pouvant être un jour la conséquence dans un pays où la propriété tend à se morceler de plus en plus. Mais le gouvernement, prenant en considération l'expérience des pays voisins où ce système a été introduit et fonctionne régulièrement, ne partageait pas les scrupules de la commission. Il pensait que c'était l'indication par les plans cadastraux qui réalisait, dans toute la force du terme, le système de publicité et de spécialité absolue; que, seul, il rattachait l'hypothèque directement à l'immeuble, sans aucun intermédiaire; qu'il suffisait de connaître l'indication cadastrale et d'ouvrir le registre qui fournissait immédiatement le bilan de la propriété, que le débiteur offrait en gage, sans que l'on fût exposé à des erreurs résultant de la conformité des noms et des prénoms. Cependant on n'a pas voulu compliquer cette fois la tâche déjà si ardue de la réforme hypothécaire. On s'est contenté, dans la loi du 16 décembre 1851, de reviser les points les plus defectueux de la législation existante, et en ajournant la proposition du gouvernement on s'est réservé de la reprendre dans un avenir rapproché.

¹ V. l'article de M. Bachlne, conservateur des hypothèques à Amsterdam, dans la *Revue de législation*, 1845, p. 157 et suiv., et 1850.

33. J'arrive à l'examen du mode de transcription, pratiqué aujourd'hui en France. Il ne saurait être considéré comme le système opposé à celui que je viens de décrire. Il n'a pas précisément pour but d'ouvrir un compte permanent aux propriétaires des immeubles, au lieu de l'ouvrir directement aux fonds mêmes. Il se contente de faire transcrire, par ordre de dates, les actes hypothécaires, dans le rang de leur présentation au bureau de conservation.

Dans ce système l'immeuble n'a pas d'existence individuelle; il n'existe pas abstraction faite de la personne qui le possède. L'inscription devient ainsi personnelle, en ce sens qu'il faut la prendre et la classer sous le nom du propriétaire, au lieu de l'asseoir immédiatement sur la chose elle-même. Ce mode de transcription présente les inconvénients les plus graves, qu'il suffise d'en indiquer les principaux :

1° Il donne lieu à une confusion inévitable, résultant de la synonymie des noms propres, si fréquente à la campagne. La loi du 23 mars 1855 n'a fait qu'accroître, dans une proportion considérable, ce grave inconvénient. En faisant de la formalité de la transcription le préliminaire indispensable de toute mutation de propriété, elle a doublé au moins la liste des noms propres dans les répertoires et les tables alphabétiques des conservateurs, et augmenté ainsi les difficultés de la recherche, déjà si pénibles et si embarrassantes, par la multiplicité des noms semblables, puis en même temps si dommageables par les erreurs que cette similitude des noms propres introduit dans les certificats.

2° L'immeuble ne reçoit pas dans les actes translatifs une désignation qui se rapporte exclusivement à son assiette, à son étendue et à ses limites.

3° L'immeuble est susceptible de plusieurs désignations qui peuvent faire voir dans une parcelle unique deux parcelles distinctes.

4° Le titre afférent à la propriété qui n'est transcrit dans les registres que sous le nom du propriétaire, ne peut être retrouvé par l'acquéreur ou le prêteur qui veulent s'assurer si l'on ne leur propose pas la vente ou l'hypothèque de la chose d'autrui.

5° Il y a une difficulté presque insurmontable à remonter l'échelle des transmissions antérieures et à saisir la généalogie des immeubles.

L'hypothèque attachée exclusivement au nom du propriétaire semble ainsi réduite, dans sa manifestation, à la condition d'un droit personnel. On n'y reconnaît plus ce *jus in re* qui réside dans la chose : le créancier ne peut impunément perdre de vue la personne de son débiteur, car son droit ne se manifeste qu'en s'attachant au nom d'une personne. Abstraction faite de ce nom, l'immeuble n'a plus pour ainsi dire d'existence; on ne peut plus le trouver et le saisir.

Dans ce fait rapproché du caractère essentiel de l'hypothèque, ainsi que l'a si bien observé M. Robernier¹, il n'y a pas seulement un défaut de logique, il faut y voir encore l'un des vices capitaux de notre régime hypothécaire.

34. Un état des choses si peu en rapport avec le but et la vraie nature de la transcription a dû frapper l'attention des jurisconsultes comme celle des hommes pratiques. Des réformes ont été proposées, des théories ont été formulées, non pas seulement, il faut bien le remarquer, en vue d'une spéculation abstraite, mais par des hommes d'une haute expérience pratique. Les deux projets de réforme les plus considérables ont été proposés par le directeur de l'enregistrement de Poitiers, et par le président du tribunal de première instance d'Alais, MM. Loreau et Robernier. Nous allons rappeler en peu de mots les traits généraux de ces deux systèmes.

Selon M. Loreau, il serait avantageux qu'on pût combiner la forma d'inscription avec les moyens que peuvent fournir les matrices cadastrales pour la désignation exacte de chaque immeuble grevé, afin qu'il devînt facile de suivre, pour chaque immeuble, même les affectations ou les transmissions successives dont il aurait été l'objet; ce qu'il serait difficile de faire dans un système d'après lequel l'inscription était prise sur l'individu plutôt que sur la chose. Le seul remède à ces inconvénients serait de faire servir le cadastre à la spécialité des hypothèques. Quel moyen plus sûr et plus simple, en effet, pour constater l'identité des propriétés, si ce n'est de désigner chaque parcelle hypothécaire par le numéro qu'elle porte sur le plan et la matrice cadastrale. Mais pour avoir recours au cadastre, il faudrait que les plans parcellaires fussent tenus constamment dans un état de mobilisation en rapport parfait avec

¹ De la preuve du droit de propriété en matière d'immeubles, t. II, p. 323.

les mutations qui s'opèrent et qui seraient inscrites annuellement dans les matrices des rôles. Depuis que le cadastre a été terminé à peu près dans tous les départements de la France, on a mis à l'étude les moyens d'en assurer les bons résultats à l'avenir, c'est-à-dire de conserver sur les plans la trace des mutations qui ont pour objet les changements des formes des parcelles existantes.

M. Loreau propose, en conséquence, d'incorporer dans notre organisation hypothécaire les formalités de l'enregistrement, les opérations cadastrales et les écritures relatives à l'assiette et à la perception de l'impôt foncier. A cet effet il exige l'établissement d'un répertoire au bureau d'enregistrement de chaque commune, où viendraient se grouper :

1° L'état civil de chaque possesseur d'immeuble ;

2° La désignation de chaque commune où se trouvent les immeubles du propriétaire ;

3° Tous les mouvements de la propriété, toutes ses manifestations. Ce registre deviendrait aussi le tableau général de la propriété.

La matière cadastrale devient ainsi la base du système proposé. Toute propriété qui se distingue des propriétés voisines par le propriétaire, la culture ou la clôture, forme une parcelle et occupe un numéro à part sur l'atlas cadastral. Plus d'incertitude possible sur l'identité et l'étendue de l'immeuble désigné comme parcelle et par son numéro. Rien de plus simple que ce mode d'inscription. Un exemplaire de l'atlas cadastral serait déposé au bureau de conservation. Les bordereaux soit d'inscription, soit de réalisation, désigneraient les immeubles aliénés, grevés ou hypothéqués, par la commune, la section et le numéro de l'atlas cadastral. Ils seront bien inscrits et portés à leur date sur les registres, mais sur un registre à part, et qui ne serait que la table des autres. Un compte serait ouvert à chaque parcelle ; on y indiquerait par renvoi les numéros des inscriptions et des réalisations qui la concernent.

Si M. Loreau prend ainsi pour base de son système le cadastre parcellaire, M. Robernier part d'un point de vue opposé. Il reproche au cadastre, tel qu'il existe aujourd'hui en France, de ne décrire que des faits existants, de constater seulement la possession, mais de ne pas constituer le droit. Bien plus, le cadastre ne décrit pas seulement les faits existants ou la posses-

sion. Trop préoccupé de son objet spécial, le législateur a tout subordonné à un but unique, l'assiette et la perception de l'impôt foncier. En descendant à la source même du mal, à la constatation actuelle de la propriété, M. Robernier arrive à cette triste conclusion, qu'en aucun temps la *preuve* du droit de propriété n'eut aussi peu de moyens qu'elle n'en a aujourd'hui de se produire avec évidence; qu'à aucune époque elle n'eut besoin d'autant de moyens de se produire avec évidence qu'il en faudrait aujourd'hui. Qui pourra suivre les fonds territoriaux dans la série incessante de morcellement et de transformation? Qui pourra porter l'ordre dans ce chaos? Pour remédier à cet état des choses, M. Robernier propose la combinaison de la preuve matérielle et de la preuve littérale, de l'abornement et du titre: le bornage destiné à mettre un terme aux contestations entre voisins, le titre destiné à servir de fondement à la preuve du droit de propriété. Deux registres principaux seraient ouverts par le conservateur des *droits réels*, et présenteraient sous deux aspects différents l'état général de la propriété foncière. Leur mécanisme serait combiné de manière à ce qu'on puisse toujours aller de la propriété au propriétaire, et du propriétaire à la propriété. Le premier de ces registres, le *parcellaire général*, devra réunir la totalité des parcelles de l'arrondissement, dans un ordre qui prévienne toute confusion. Ouvrir un chapitre distinct à chaque commune, selon son rang alphabétique, et subdiviser chaque chapitre en quatre séries correspondant aux quatre régions du territoire communal, ce serait une indication donnée par la nature des choses, et en même temps un premier pas fait vers un classement régulier. Quant à l'ordre des parcelles, on le déterminera par la progression ascendante du premier nombre de leur désignation.

Le second registre, le *registre alphabétique* des contenanceurs, est la contre-partie du premier. L'un de ses objets capitaux sera de fournir des éléments essentiels à la preuve de l'identité des personnes sur la tête desquelles repose la propriété. On ouvrira donc à chaque contenanceur un chapitre spécial, sur lequel ils figureront, par ordre alphabétique, avec toutes les indications accessoires qui seront de nature à prévenir les erreurs. A la suite de ces documents tout *personnels*, on indiquera la série des parcelles, dont la personne désignée est propriétaire dans l'étendue de la même circonscription.

Ainsi le *parcellaire général* offrira, dans l'acte d'une seule page, toute l'histoire de chaque portion déterminée du sol. On y trouvera le tableau de ses transformations successives, de ses morcellements, de ses réunions et des commotions, plus ou moins rapides, qui auront tour à tour installé et chassé les divers possesseurs. Dans le registre alphabétique se montrera l'édifica de toutes les fortunes territoriales. On y reconnaîtra la trace des ébranlements auxquels il a dû résister, le témoignage de ses augmentations et de ses amoindrissements alternatifs. Enfin le *registre-journal* tiendra note de toutes les révolutions, il les suivra pas à pas dans toutes leurs révolutions, et les classera dans une série de dates. Ce sera la chronologie de l'histoire de la propriété. Ces trois registres constateront trois éléments d'une question unique, savoir : l'identité de la chose, objet du droit ; l'identité de la personne, en qui réside le droit, et l'action du temps, qui transforme incessamment la personne et la chose, sans cesser de maintenir chacune d'elles identique à elle-même, et toutes deux inséparables entre elles¹.

Quel que soit l'intervalle qui sépare ces deux systèmes, il n'est pas, en définitive, aussi considérable qu'il paraît l'être au premier abord. Ils tendent ensemble vers un but unique, celui de porter la lumière de la *publicité* dans le chaos de la propriété parcellaire, telle qu'issue des décombres de la révolution elle a été constituée par le Code de 1804. Issus tous deux de l'insuffisance incontestable de la constatation de la propriété actuellement en vigueur, l'un, il est vrai, prend pour base d'une réforme future la matrice cadastrale, repoussée par l'autre comme pouvant tout au plus servir de preuve à la constatation de la simple possession. Cependant le *terrier* perpétuel, proposé par M. Robernier, est-il en définitive autre chose, sinon le cadastre perfectionné, complété de manière à pouvoir servir de base permanente à la constatation de la propriété? L'*abonnement* est-il autre chose, sinon un moyen de fixer l'*identité* de la propriété au milieu de ce travail incessant de décomposition qu'elle subit sous nos yeux? Les opérations cadastrales une fois terminées, il importera sans doute de conserver, sur les plans, la trace des mutations, qui ont pour objet les change-

¹ M. Robernier, *De la preuve du droit de propriété en fait d'immeubles*, t. I, p. 436 et suiv., p. 470.

ments des formes des parcelles existantes. C'est ce que se propose également le terrier perpétuel, c'est-à-dire, la résolution du problème de la *conservation du cadastre* par le principe de la permanence et de la perpétuité des opérations cadastrales. Mais les moyens de réaliser ce terrier sauraient-ils être regardés comme suffisants? Ne faudra-t-il pas le faire précéder d'une série de réformes importantes, tendant à faciliter la réunion des parcelles, à encourager les échanges des parcelles entre les propriétaires, à arrêter leur morcellement progressif? Mais considérée en elle-même, l'idée de faire servir le cadastre à la constatation de la propriété et des droits réels, est une idée trop féconde pour ne pas avoir fixé l'attention des jurisconsultes les plus estimés, qui, en ces dernières années, se sont occupés de cette matière.

Ainsi M. Valette, tout en avouant que le projet qui consisterait à réunir, dans un seul mécanisme administratif, la conservation des droits réels, l'enregistrement et le cadastre, lui paraissait trop hardi pour avoir, dès à présent, de véritables chances de succès, convient cependant que rien n'empêche d'employer le cadastre tel qu'il existe, comme utile auxiliaire, pour l'indication plus claire et plus exacte des immeubles, et pour la facilité des recherches dans les registres hypothécaires¹.

M. Laferrière observait que le cadastre des terres et le recensement des maisons, qui n'ont fonctionné jusqu'à présent que dans l'intérêt de l'impôt et de sa répartition, peuvent prendre une place importante dans le mécanisme des hypothèques, pour assurer la représentation réelle de la valeur garantie par l'immeuble, et faciliter la circulation des titres hypothécaires².

M. d'Audiffret, dans son *Système financier*, s'est prononcé dans le même sens.

Le savant auteur des *Systèmes hypothécaires*, M. Pierre Odier, soutenait également que le cadastre était la base du régime des droits réels, et en a fait admettre le principe dans le projet de loi de Genève, du mois de décembre 1827.

Nous pouvons ajouter enfin que, dès aujourd'hui, la société du *Crédit foncier* est dans l'usage de se faire délivrer des extraits de la matrice cadastrale, pour en faire la base de l'éva-

¹ Examen du rapport de la Faculté de Toulouse, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 63 et 824.

² *Revue de droit français et étranger*, 1848, p. 706.

luation des immeubles. M. Robernier déjà, dans son traité si remarquable ¹, observait à ce sujet que sans l'existence d'un terrier général, d'un cadastre ou de registres généraux qui présentent exactement l'état de la propriété foncière, les opérations des agences et prêts sur immeubles seraient presque impossibles. Sans doute, pour donner au résultat des opérations cadastrales toute la valeur d'un titre de propriété, il faudrait que le législateur imprimât, à cette vaste entreprise, une direction plus appropriée aux grands intérêts de la propriété, de sa conservation, de sa preuve juridique. Il faudrait qu'il renonçât à tout subordonner à l'unique point de vue dont il s'est préoccupé lors de la confection du cadastre, celui de ne pas dépasser la mesure d'exactitude nécessaire aux exigences de la fiscalité. Il faudrait, en outre, que la révision du cadastre fût précédée d'une série de mesures, de nature à arrêter le morcellement excessif des parcelles. De ce nombre serait une disposition analogue à celle contenue déjà dans le projet de Code rural de 1808, et qui consisterait à faciliter la réunion des parcelles en encourageant et, même dans certains cas, en forçant par voie judiciaire ou administrative les échanges de ces parcelles entre leurs propriétaires. Une autre disposition, non moins utile, serait celle qui déclarerait les parcelles au-dessous d'une certaine mesure indivisible par partage, etc. ².

35. C'est à un ordre d'idées analogue qu'appartient un projet intitulé : *De la possibilité d'appliquer le crédit foncier à la petite propriété*, qui nous a été communiqué par un ancien magistrat prussien, M. Neigebauer. Chargé de la réorganisation du régime hypothécaire dans les provinces réincorporées, par les traités de 1815, à la monarchie prussienne, dans le grand-duché de Berg et les départements hanséatiques, M. Neigebauer proposa une formule qui, en même temps qu'elle répondait aux besoins de la propriété parcellaire, n'était au fond qu'une expression simplifiée, abrégée de la formule prussienne, trop compliquée et trop coûteuse. Elle a obtenu de vives adhésions, tant en Allemagne qu'en Italie, et elle a été l'objet de plusieurs publications ³.

¹ T. II, p. 51.

² M. Valette, à l'endroit cité, p. 63. — M. Robernier, t. II, p. 112 et suiv.

³ V. notamment la *Critique du projet de réforme hypothécaire français* proposé par le chevalier Neigebauer, par le professeur Sciascia. Palerme, 1846; 2^e édit., avec un avant-propos de M. Mancini. Turin, 1853.

Comme M. Robernier, M. Neigebauer insiste sur la nécessité de constater l'identité des fonds territoriaux. Comme M. Robernier, il soutient que la conservation ou plutôt la continuation du cadastre parcellaire, c'est-à-dire, la conservation sur les plans cadastraux des traces des mutations qui ont pour objet les changements des formes des parcelles existantes, doit être l'œuvre des propriétaires eux-mêmes. Il va encore plus loin. Dans le but d'avancer l'œuvre si difficile de l'appropriation du cadastre parcellaire aux besoins du crédit territorial, il propose de rendre ce travail facultatif aux propriétaires. Sous ce rapport, il me semble se méprendre sur la nature et la portée de cette vaste entreprise, qui, en France du moins, ne saurait qu'être l'œuvre due à l'initiative du législateur lui-même. Enfin, dans le but d'assurer la spécialité de l'inscription, il fait peut-être trop bon marché des hypothèques légales, dont d'éminentes autorités regardent le maintien indispensable pour sauvegarder les intérêts des incapables. Sous ces divers rapports, le projet de M. Neigebauer n'est peut-être qu'une reproduction trop littérale du modèle prussien. C'est sous le bénéfice de ces réserves que j'ose offrir, au lecteur français, l'analyse de ce nouveau projet de transcription de la propriété foncière.

TITRE I^{er}. — Dispositions générales.

I. Pour faire inscrire les biens-fonds sur les registres fonciers, à l'effet de leur faire ouvrir un crédit, les propriétaires doivent faire procéder à la purge des hypothèques légales, tacites et privilèges, et de toutes les actions rescisoires et résolutoires.

II. L'identité de chaque immeuble sera constatée, et elle sera l'objet d'une inscription spéciale. Le propriétaire qui aura fait inscrire plusieurs parcelles conjointement, n'en pourra plus disposer séparément sans le consentement des créanciers inscrits.

III. Les registres fonciers seront publics et pourront être consultés par tout le monde, avec la permission du propriétaire et de l'un des créanciers inscrits.

TITRE II. — Bureau de conservation.

IV. Le bureau de conservation des registres fonciers se compose :

1° D'un juge ayant siégé au moins pendant trois ans, dans un tribunal de première instance, comme président;

2° D'un conservateur;

3° D'un greffier-archiviste, assisté d'un ou trois expéditionnaires.

Ces trois fonctionnaires statueront, à la pluralité des voix, sur l'admission de toute inscription.

V. Le livre ou registre foncier, déposé dans les archives du bureau, contiendra un certain nombre de volumes, selon les besoins de chaque commune. Les immeubles inscrits porteront, dans ce livre, les mêmes numéros que sur le cadastre de la commune.

VI. Chaque immeuble ou chaque réunion d'immeubles aura un dossier contenant la carte ou un dessin figuratif de l'immeuble, avec tous les documents y relatifs.

Il y aura en outre, dans chaque bureau, un registre-journal et un répertoire.

TITRE III. — Garantie de l'identité de l'immeuble.

VII. Pour garantir l'identité de l'immeuble, le propriétaire devra présenter au bureau de conservation une carte de l'immeuble, en y joignant les déclarations de la mairie et de la direction des contributions directes.

A défaut d'un cadastre assez complet pour garantir l'identité de l'immeuble, le conservateur devra procéder lui-même, aidé d'un géomètre, à la levée d'un plan figuratif de toutes les parcelles de la commune ou sections de commune, conjointement avec les propriétaires et voisins, et assisté du maire et du directeur des contributions directes. On dressera un procès-verbal de bornage.

VIII. Ce plan, dressé à première vue, sera déposé au bureau de conservation, et en duplicata à la mairie, pour recevoir les observations des habitants de la commune et des créanciers.

IX. En cas de partage d'un immeuble, les parties contractantes tracent sur l'exemplaire du plan figuratif en leur possession les nouvelles lignes de démarcation. Le maire et le directeur des contributions directes y apposent leur visa, et l'on dépose un exemplaire de cette nouvelle décision à la mairie, et un autre au bureau des hypothèques.

Il sera procédé de la même manière quand les cases desti-

nées à chaque immeuble seront remplies, ou bien quand un propriétaire voudra réunir plusieurs numéros.

X. Tous les ans la mairie communiquera au bureau de conservation les changements survenus dans le courant de l'année, et tous les cinq ans la carte de la commune sera renouvelée, en prenant pour base la première carte.

TITRE IV. — Le livre foncier.

XI. Le livre foncier contient sur chaque feuillet, divisé en plusieurs colonnes, un certain nombre de propriétés inscrites. Ces colonnes contiennent le nom du propriétaire, le titre de possession, le jour de l'inscription, la valeur ou le prix de l'immeuble, les charges réelles qui grèvent l'immeuble, la somme hypothéquée, les noms du créancier et des cessionnaires, le jour de l'inscription.

Il est dressé, en outre, une liste des propriétaires des biens-fonds de la commune.

XII. Les inscriptions ne sont sujettes à aucun renouvellement, et ne perdent leur valeur que le jour où elles sont rayées.

XIII. L'inscription ne contient que des noms, des dates et des chiffres, et elle renvoie pour les détails aux documents originaux transcrits dans les dossiers correspondants aux numéros du livre foncier.

TITRE V. — Inscription du titre de possession.

XIV. La personne inscrite sur le livre foncier comme propriétaire d'un immeuble, peut seule en disposer. Mais avant de procéder à l'inscription de l'immeuble, il faut opérer la purge des charges qui grèvent l'immeuble.

XV. La purge s'opère, sur la présentation du titre de propriété, par des publications insérées dans les feuilles d'annonces judiciaires, par des affiches apposées au bureau des hypothèques et à la mairie. Si, dans les six mois après cette publication, il ne s'est présenté aucune réclamation, l'immeuble est déclaré pour toujours franc de toute charge par un jugement de forclusion.

XVI. Les personnes qui auront élevé des réclamations et présenté à l'appui des titres, seront invitées à comparaître devant le juge conservateur, avec le propriétaire, pour s'arranger à l'amiable et fixer le numéro d'ordre, dans lequel elles

seront inscrites. Les créanciers, qui seront reconnus avoir les mêmes droits, seront inscrits sous le même numéro d'ordre.

Les réclamations qui ne pourront pas se terminer à l'amiable, seront renvoyées devant le tribunal compétent.

XVII. Le titre de possession ainsi apuré sera inscrit dans le livre foncier, et la personne inscrite sera seule considérée comme propriétaire.

Le conservateur écrit à cet effet, sur le titre présenté et sur la copie qui doit rester dans les dossiers, la mention suivante :

Le titre de possession est inscrit au profit du sieur N....., le....., sous le n^o..... de la commune d....., volume.....

A ce titre est annexé un extrait du livre foncier.

TITRE VI. — Inscription des hypothèques et autres charges réelles.

XVIII. Pour faire procéder à l'inscription d'une hypothèque ou d'un autre droit réel, le créancier ou ayant droit doit présenter son titre au bureau des hypothèques. Si le propriétaire refuse de consentir l'inscription, le conservateur ne peut procéder à l'inscription qu'en vertu d'un jugement.

Le conservateur écrit sur le titre original, et sur la copie destinée au dossier relatif à l'immeuble, la mention suivante :

Inscrit la somme de..... sur l'immeuble N..... de la commune de....., sous le numéro d'ordre....., le.....

XIX. En cas de contestation entre plusieurs ayants droit, le titre peut être inscrit *provisoirement* jusqu'à la décision du litige.

TITRE VII. — Radiation des hypothèques.

XX. Le propriétaire qui veut libérer l'immeuble des hypothèques inscrites, doit présenter au conservateur l'original du titre, avec une quittance authentique du créancier inscrit.

XXI. Le conservateur écrit sous la rubrique correspondante la mention : *La dette est rayée*, et il biffe sur le titre original la mention énoncée au § 18, après quoi il le rend au propriétaire.

En cas de perte du titre original, l'hypothèque ne peut être rayée qu'en vertu d'un jugement.

BERGSON.

BIBLIOGRAPHIE.

SÉANCES ET TRAVAUX DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

Compte rendu par M. Ch. VERGÉ, sous la direction de M. MIGNET, secrétaire perpétuel de l'Académie.

On a tout dit sur cette publication, qui, par les soins intelligents de M. Ch. Vergé, et sous la direction de M. Mignet, nous fait assister en quelque sorte aux discussions savantes et aux travaux des hommes les plus éminents dans la science.

En la signalant de nouveau au lecteur, nous empruntons à l'une des dernières livraisons quelques observations judicieuses présentées par M. Dupin, à la suite d'un rapport verbal de M. Ch. Giraud sur l'*Encyclopédie du Droit* de M. Walter et sur l'*Enseignement du Droit*. Voici ces observations :

« Je demande à l'Académie la permission de lui présenter une courte observation à propos de ce que vient de dire notre savant confrère, M. Giraud, sur les *Encyclopédies du Droit*. Sans doute l'étude du droit, ainsi envisagée dans ses sommités les plus générales, n'a obtenu que peu de succès en France, tandis qu'elle est fort goûtée en Allemagne. Cela tient probablement à ce que l'esprit allemand n'est pas le nôtre. Chaque peuple a son génie particulier. On peut comparer certains Allemands à des carriers habiles à extraire et à exploiter la pierre. Dans ce genre de travail, celui des recherches de l'érudition patiente et laborieuse, ils ont un mérite réel et souvent supérieur ; mais sous le rapport de l'édification et de la construction régulière, il faut reconnaître qu'ils le cèdent aux Français.

» Rien de plus essentiel assurément que l'étude de l'ensemble du droit, que la recherche des principes généraux qui en rattachent et coordonnent les différentes branches ; rien de plus noble que de remonter aux sources et de s'élever par l'abstraction aux sublimités de la métaphysique ; et sous ce rapport, la création d'une chaire d'introduction à l'étude générale du droit offre de grands avantages. Mais il faut prendre garde de se perdre dans des généralités vagues et d'obscurcir la matière au lieu de la résumer. Il est incontestable que des vues philoso-

phiques et morales anoblissent le droit; mais il faut que ces notions, au lieu de nous jeter dans des spéculations sans utilité, se fassent en vue de nous ramener aux devoirs et aux pratiques de la vie civile et des intérêts sociaux dont elles nous donnent un sentiment plus vrai et plus élevé : *Veram non factam philosophiam affectantes*, comme dit l'adage latin en parlant des jurisconsultes. Au lieu de cela, on s'est jeté trop souvent, il faut en convenir, dans des généralités mal définies, dans une idéologie obscure; on a sophistiqué au lieu d'éclaircir; en un mot, on s'est perdu dans les nuées, bien loin de faire une reconnaissance générale du pays, et les questions se sont en quelque sorte vaporisées, faute d'un condensateur. Il s'en est suivi dans l'étude métaphysique du droit, une véritable obscurité qui a dégoûté l'esprit français pour lequel la clarté a un si grand attrait.

» Un ouvrage du genre de celui de M. Walter peut être très-utile s'il est bien fait, s'il présente une vue limpide des choses dans leur ensemble, s'il est composé avec une bonne méthode critique et conçu dans les vues élevées d'une saine philosophie, et j'accorderai volontiers une grande partie de ces avantages au livre de M. Walter, dont le mérite comme jurisconsulte est depuis longtemps reconnu; mais je parle en général et je dis que trop souvent les ouvrages de ce genre ou les cours entrepris sur la métaphysique, et ce qu'on a appelé dans ces derniers temps la généralisation du droit, ont présenté la plupart des inconvénients que je viens de signaler; et cela explique leur peu de succès.

» Une courte observation me reste à faire sur ce que M. Giraud a dit des *examens*. Je conviens de la tendance fâcheuse qu'il signale. Je crois que le défaut en est peut-être à l'esprit étroit avec lequel, dans tous les temps et dans toutes les écoles, certains professeurs ont procédé aux examens. L'examineur oublie trop souvent que son rôle n'est pas de briller aux dépens du candidat qu'il interroge. Il n'y a pas de gloire à montrer tant de prétention dans une lutte à armes si inégales.

» On cherche parfois plus à embarrasser l'élève qu'à s'assurer s'il sait réellement. On lui adresse des questions captieuses, faites plus pour le troubler que pour éprouver son intelligence; et il se renouvelle souvent ce qui arriva à Nicole, qui fut refusé à un examen faute d'avoir pu répondre de suite à cette ques-

tion : « Combien y a-t-il d'articles dans le *Pater* ? » Nicole connaissait pourtant mieux qu'un autre le *Pater* ; mais il n'avait jamais songé à en compter les articles ; il le connaissait si bien qu'on lui dut par la suite le plus beau commentaire qui ait été fait sur cette divine prière.

» Un autre inconvénient des examens, c'est que les professeurs ayant composé des ouvrages dans lesquels ils ont émis leurs propres théories, n'acceptent souvent que les réponses qui sont d'accord avec leurs opinions personnelles. Les élèves consacrent alors tous leurs soins, non à approfondir la science en elle-même, mais à apprendre matériellement ce qui doit être répondu à tel ou tel professeur.

» Ce n'est pas avec cet esprit égoïste qu'on devrait conduire les examens. Ils gagneraient, selon moi, à se rapprocher de simples conversations ; ce devraient être des entretiens dans lesquels le professeur chercherait amicalement à s'assurer de la capacité de l'élève, de son instruction, sans faire dépendre son admission d'une réponse sur tel ou tel point qu'il peut ignorer, quoique fort capable pour le reste. Sans doute ce reproche est loin de s'appliquer à tous les professeurs, mais on ne peut nier que cet esprit sophistique s'est manifesté quelquefois dans nos écoles, et cela justifie mon observation. »

COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

D'après l'ouvrage allemand de C. S. ZACHARIE ; par MM. C. AUBRY et C. RAU,
3^e édition entièrement refondue et complétée.

MM. Aubry et Rau viennent de donner le sixième volume de cet ouvrage, l'un des plus remarquables qui aient été faits de notre temps. Deux volumes restent encore à publier : ce sont les deuxième et quatrième. Nous rendrons un compte détaillé de la publication dans l'une de nos prochaines livraisons.

PAUL PONT.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. PAUL PONT, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

De l'hypothèque attachée aux promesses de prêt et aux ouvertures de crédit.

SOMMAIRE.

1. Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, il n'est plus douteux que l'hypothèque peut être valablement attachée aux créances conditionnelles, telles que promesses de prêt et ouvertures de crédit. — Toutefois, dans l'application, il y a des points de détail qui soulèvent encore de graves controverses.
2. L'hypothèque stipulée accessoirement à une ouverture de crédit ou à une promesse de prêt doit-elle être validée, quels que soient les termes de l'engagement? Arrêt de la Cour de Paris, du 30 mars 1842.
3. Quelle est l'étendue de l'hypothèque, ou la mesure dans laquelle elle affecte l'immeuble hypothéqué dans le cas où le crédit est limité, 1° quant aux sommes promises?
4. 2° Quant à sa durée? En général, l'hypothèque ne vaut que pour les sommes avancées pendant la période fixée. Arrêts de la Cour de Rouen, du 19 janvier 1849; de la Cour de cassation, du 22 mars 1852, et de la Cour de Paris, du 21 décembre 1852.
5. Exception. Arrêt de la Cour de Paris, du 21 décembre 1852.
6. Autre exception. Arrêt de la Cour de cassation, du 13 août 1855.
7. Comment et par quels moyens la réalisation du prêt doit-elle être prouvée? Arrêt de la Cour de Douai, du 17 décembre 1833.
8. De quel jour l'hypothèque prend-elle rang? Arrêts de la Cour de Paris, des 20 août 1841, 30 mars 1842, 15 janvier 1852; de la Cour de Besançon, du 30 novembre 1848, et de la Cour de cassation, du 8 mars 1853.
9. De quelques règles particulières et spéciales aux prêts consentis par les sociétés de Crédit foncier. Déc. 28 fév. 1852; L. 10 juin 1853.

I. L'hypothèque peut-elle être attachée à une créance conditionnelle, alors même que cette créance ne doit prendre naissance que par un fait dont le débiteur peut à son gré procurer ou empêcher la réalisation? On pressent que nous avons particulièrement en vue les promesses de prêt, ou encore les *ouvertures de crédit*, qui sont, dans les relations commerciales, ce qu'est la promesse de prêt dans les relations civiles. Voici une espèce :

Un négociant, entrevoyant la possibilité de faire une opération considérable dans un avenir prochain, veut s'assurer dès

à présent les fonds nécessaires, qu'il ne possède pas par lui-même. En conséquence, il s'adresse à un banquier qui prend l'obligation d'ouvrir un crédit au négociant jusqu'à concurrence de 25,000 fr., à la charge par celui-ci de rembourser le prêt réalisé avec intérêts. L'emprunteur peut-il dès à présent, et sans attendre la réalisation du crédit qui lui est ouvert, conférer une hypothèque pour sûreté de ce crédit?

Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, ceci, on peut le dire, ne saurait plus être mis en question. Quelques doutes avaient été émis d'abord; des auteurs et des arrêts décidaient que l'hypothèque est absolument nulle en ce cas; que le créancier auquel elle est conférée n'en peut pas faire l'inscription, même en subordonnant cette inscription à la réalisation du crédit ouvert ou de la promesse de prêt; et que, pour que l'hypothèque soit utilement constituée, il faut que l'emprunteur consente, après la réalisation du prêt, un nouvel acte authentique par lequel il reconnaît l'existence de ce prêt et confère de nouveau la sûreté de l'hypothèque¹. Le principe de cette solution était pris dans l'article 1174 du Code Napoléon, aux termes duquel « toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée *sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.* »

Toutefois, c'était évidemment se méprendre sur le caractère et la portée de la convention que de la faire tomber sous la disposition prohibitive de l'article 1174. Il résulte, sans doute, de cet article qu'il n'y a pas obligation lorsqu'il dépend de la pure volonté de celui qui contracte *d'être ou de n'être pas obligé*. Mais est-ce le cas de l'espèce? Non, assurément. Lorsque je demande à mon banquier qu'il tienne à ma disposition une somme de 25,000 fr. qu'il devra payer sur mes traites, et qu'en retour je promets, sous une affectation hypothécaire, de lui rembourser tout ce qu'il aura payé en vertu de la convention, il y a un lien de droit qui se forme, une obligation qui naît et ne peut être éludée. La convention serait nulle incontestablement si elle était conçue en termes tels qu'il fût loisible à mon banquier d'accepter ou de refuser mes traites; c'est ce que nous montrerons dans le numéro qui va suivre. Mais ce n'est pas de

¹ Colmar, 18 avril 1806 (Dall., t. IX, p. 217); — Liège, 26 novembre 1823. — *Junge*: MM. Delvincourt, t. III, p. 378; Battur, t. II, n° 263.

cela qu'il s'agit ici; nous supposons une obligation sérieuse de la part de mon banquier : en acceptant ma proposition, il s'est obligé vis-à-vis de moi et s'est mis dans la nécessité de retirer de sa caisse et de payer à tous porteurs de mes traites jusqu'à concurrence de cette somme de 25,000 fr. qui forme le montant du crédit par lui ouvert. Voilà son obligation. Sans doute cette obligation est conditionnelle, en ce sens que je puis ou non faire usage du crédit. Mais cela n'enlève rien à la force obligatoire de la convention. En définitive, c'est mon banquier qui est la partie *obligée* au moment de l'acte de crédit; il est mon mandataire ou mon commissionnaire à l'effet de me faire avoir les deniers quand je les demanderai sous les sûretés constituées; et dès que j'aurai pris le parti de recourir à sa caisse, il ne dépendra pas de lui de me la fermer. Voilà pourquoi l'article 1174 du Code Napoléon est ici tout à fait hors de cause, puisque, dans les termes de cet article, c'est la condition *purement potestative de la partie obligée* qui seule pourrait invalider la convention. — En résumé, nous sommes ici en présence d'une obligation valable, quoique suspendue par une condition. Elle subsiste comme telle; or une convention de cette nature est susceptible d'hypothèque; donc la stipulation d'hypothèque que les parties contractantes y ont ajoutée est valable et doit elle-même subsister. C'est la doctrine qui prévaut aujourd'hui; elle est admise par les auteurs et par les arrêts avec une telle unanimité, que ce n'est plus là-dessus que la question pourrait être portée¹.

Mais si le principe est certain, s'il est désormais incontesté, il y a, dans l'application, des points de détail dont quelques-uns soulèvent encore de très-graves controverses. Nous les résumons dans les questions suivantes : L'hypothèque stipulée accessoirement à une ouverture de crédit ou à une promesse de prêt doit-elle être validée, quels que soient les termes de l'engagement? Quelle est l'étendue de l'hypothèque, ou la mesure

¹ Rouen, 24 avril 1812 et 9 mars 1830; — Caen, 11 août 1812; — Bruxelles, 10 juillet 1817; — Metz, 13 juillet 1820; — Besançon, 30 novembre 1848; — Rej., 6 avril 1809, 26 janvier 1814, 10 avril 1831; — Cass., 21 novembre 1849 (Daloz, 31, 1, 303; 49, 2, 198; 49, 1, 275). — V. MM. Merlin (*Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n° 2), Toullier (t. VI, n° 546), Grenier (t. I, n° 26), Persil (*Quest.*, t. I, ch. 4), Daloz (v° *Hyp.*, p. 203, n° 17), Duranton (t. XIX, n° 244), Zachariæ (t. II, p. 143), Troplong (n° 480), Championnière et Rigaud (t. II, n° 934).

dans laquelle elle affecte l'immeuble hypothéqué dans le cas où le crédit est limité, soit quant aux sommes promises, soit quant à la durée du crédit? Comment et par quels moyens la réalisation du prêt doit-elle être prouvée? De quel jour l'hypothèque prend-elle rang? Examinons ces questions successivement : nous compléterons notre examen par quelques observations particulières aux promesses et aux réalisations des prêts faits par les sociétés de Crédit foncier.

II. Sur la première question, il semble qu'aucun doute ne peut s'élever. Il faut évidemment, pour que l'hypothèque ajoutée à une ouverture de crédit ou à une promesse de prêt soit validée, que l'engagement soit réel et sérieux; en d'autres termes, qu'il en résulte un lien de droit qui, sauf, bien entendu, l'usage du crédit par le crédité (ce qui est l'accomplissement de la condition suspensive inhérente à la convention), oblige les parties l'une envers l'autre. Voici une espèce qui nous conduit à mettre la règle dans tout son jour. — Un banquier ouvre à un négociant un crédit de 10,000 fr., pour la réalisation duquel il stipule qu'il *escomptera seulement celles des valeurs présentées qu'il jugera à sa satisfaction*; et, pour sûreté des sommes dont le créancier se trouvera à découvert, le crédité consent une hypothèque qui est inscrite dès le lendemain. Diverses opérations d'escompte ont lieu entre les parties, et le crédité se trouve débiteur d'une somme de 4,000 fr. quand ses immeubles sont vendus. Le créancier se présente à l'ordre; mais sa collocation, contestée par un créancier inscrit six mois environ après lui, est rejetée par le tribunal de Chartres par ces motifs : « Que le créancier ne s'est pas obligé à escompter indifféremment les valeurs qui lui seraient présentées, mais seulement celles de ces valeurs qu'il trouverait à sa satisfaction, ce qui ne constituait à son égard qu'une obligation purement potestative; et que, dès lors, l'hypothèque consentie par le crédité, dans l'acte d'ouverture de crédit, et l'inscription de cette hypothèque, ne peuvent valoir. »

Ce jugement a été infirmé¹, et cela se conçoit à merveille. Quand le contrat avait reçu un commencement d'exécution, quand le créancier se présentait avec une créance justifiée, ré-

¹ L'arrêt infirmatif est de la Cour de Paris, du 30 mars 1842 (Dev., 43, 2, 113; Dalloz, 42, 2, 213; J. P., 1842, t. I, p. 506).

sultant des escomptes faits en vertu et en exécution de l'ouverture de crédit, il était difficile de lui refuser le bénéfice d'une hypothèque qui lui avait été accordée précisément *pour sûreté des sommes dont il se trouverait à découvert*. Mais supposez que toutes les valeurs présentées eussent été refusées par le créiteur, les motifs sur lesquels s'est fondé le tribunal de Chartres prennent un caractère vraiment sérieux ; et si, comme créancier éventuel, le créiteur prétend exercer le droit résultant de son hypothèque, on pourra très-bien lui opposer, en invoquant ces motifs, que l'engagement qu'il a pris se trouve, par la réserve qu'il y a introduite d'accepter seulement les traites qu'il jugerait à sa satisfaction, ramené aux conditions d'une obligation purement potestative de sa part ; que ce n'est pas là un engagement sérieux, puisqu'il dépend de sa volonité ou même de son caprice de le remplir ou de le laisser sans exécution ; et que l'hypothèque ajoutée à un tel engagement ne saurait être validée.

Quoi qu'il en soit, que voulons-nous conclure de ceci ? Que l'hypothèque ajoutée aux conventions de l'espèce ne vaut qu'autant que ces conventions sont sérieuses et réelles, c'est-à-dire qu'autant qu'en engendrant en principe l'obligation pour le crédit de rembourser s'il fait usage du crédit, elles lui procurent l'avantage d'avoir *véritablement* à sa disposition les sommes promises, ce qui est la cause même de la convention.

III. La seconde question, si elle ne présente pas plus de difficulté quant à la solution, est cependant plus compliquée. Il s'agit de savoir quelle est l'étendue de l'hypothèque ou la mesure dans laquelle elle affecte l'immeuble hypothéqué lorsque la promesse de prêt ou l'ouverture de crédit est réalisée. Il y a, sur ce point, des distinctions nécessaires et tenant aux combinaisons diverses qui sont propres à la convention. Souvent il arrive que le crédit, limité quant aux sommes jusqu'à concurrence desquelles il est ouvert, est limité en outre dans sa durée ; ainsi, l'opération que j'ai en vue doit être suivie et ne pourra être complète qu'à la condition par moi d'y engager un capital de 100,000 fr., et d'y employer une durée de cinq années ; en conséquence, le banquier auquel je m'adresse m'ouvre, sur affectation hypothécaire, un crédit de 100,000 fr. par compte courant dont la durée est fixée à cinq ans, à l'expiration desquels le compte sera balancé et arrêté. D'autres fois, le crédit est limité seulement quant aux sommes qu'il a pour objet ; par

exemple, il s'agit d'une affaire qui peut se prolonger plus ou moins, qui peut se suivre sans se circonscrire dans une durée de temps limitée; en conséquence, le banquier auquel je m'adresse m'ouvre un crédit de 100,000 fr. qu'il s'engage à me fournir à mesure de mes besoins: A certains égards, la solution de notre question varie suivant qu'on se place dans l'une ou dans l'autre de ces deux situations.

Si le crédit est limité seulement quant à la somme que le débiteur s'est engagé à fournir, la garantie hypothécaire se renfermera dans la mesure du crédit ouvert, lequel devra, aux termes de l'article 2132, être déterminé par son chiffre dans l'acte constitutif de l'hypothèque. Ainsi, la garantie ne devra jamais dépasser le montant du crédit ouvert; mais il se pourra faire qu'elle ne l'atteigne même pas. Ainsi, d'une part, je vous ouvre un crédit jusqu'à concurrence de 25,000 fr., et les opérations que je fais avec vous m'entraînent à vous fournir une somme de 30,000 fr.; mon hypothèque ne vaudra que pour les 25,000 fr., montant du crédit ouvert, et les 5,000 fr. d'excédant constitueront pour moi une créance simplement chirographaire. Mais, d'une autre part, au lieu de dépasser ou même d'épuiser le crédit que je vous ai ouvert jusqu'à concurrence de 25,000 fr., vous n'aviez pris que 15,000 fr.; mon hypothèque vaudra pour cette dernière somme seulement. — Dans le premier cas, c'est l'acte constitutif de l'hypothèque qui détermine l'étendue de mon droit hypothécaire, parce que les tiers, qui ont traité avec mon débiteur sur la foi que ses immeubles étaient grevés d'une créance éventuelle de 25,000 fr., seraient trompés si ces immeubles se trouvaient engagés pour une somme plus forte. Dans le second cas, l'étendue de l'hypothèque est déterminée par la réalisation même du crédit; parce que si je me suis engagé à prêter 25,000 fr., je n'en ai cependant prêté que 15,000, et que je ne peux être garanti par mon hypothèque que pour la somme que j'ai réellement prêtée.

IV. Si le crédit est limité dans sa durée, on dira, en général, que l'hypothèque, qui d'ailleurs ne pourra jamais garantir le créancier pour des sommes supérieures à celles jusqu'à concurrence desquelles le crédit aura été ouvert, ne vaudra même que pour celles qui auront été avancées pendant la période fixée, fussent-elles inférieures au chiffre du crédit, et quelles que soient les avances qui auraient pu être faites ultérieurement. Ainsi, pour

mieux préciser, nous reprenons la première hypothèse du n° 3 et nous supposons que les cinq ans formant la durée du crédit de 100,000 fr. qui m'a été ouvert, ont pris cours au 1^{er} janvier 1850 pour finir au 1^{er} janvier 1855; supposons en outre que, parvenus à cette dernière époque, le créancier et moi nous sommes convenus de proroger le compte, et que nos opérations ont continué jusqu'au 1^{er} janvier 1857: l'hypothèque ne garantira que les sommes avancées jusqu'au 1^{er} janvier 1855, époque à laquelle le compte courant devait être balancé et arrêté; et si, le compte fait, il est établi que les avances à ce moment étaient, par exemple, de 60,000 fr., l'hypothèque ne vaudra que pour cette somme, quand même il y aurait eu, du 1^{er} janvier 1855 au 1^{er} janvier 1857, durée de la prorogation, d'autres avances qui, ajoutées aux premières, en porteraient la somme totale à un chiffre ne dépassant ou n'atteignant même pas celui de 100,000 fr., jusqu'à concurrence duquel le crédit avait été primitivement ouvert. — C'est, disons-nous, la règle générale; mais elle n'est pas absolue, et il est telles hypothèses où l'hypothèque pourra garantir des opérations qui pourtant auront été faites après l'expiration du terme fixé par la convention d'ouverture de crédit.

Voici une espèce qui, dans les phases successives qu'elle a parcourues, a mis en lumière la règle et les limitations équitables qu'elle comporte. — Par acte notarié du 5 février 1840, Jean Lemaître et compagnie avaient ouvert à Bony un crédit de 100,000 fr. par compte courant pour six ans, terme à l'expiration duquel il était stipulé qu'on balancerait et arrêterait le compte; et le même jour les créanciers avaient pris une inscription hypothécaire pour sûreté de la somme éventuelle de 100,000 fr. sur la propriété des Capucius appartenant à Bony, avec mention, dans l'inscription, des stipulations principales de l'acte d'ouverture de crédit, et notamment de la clause qui en bornait la durée à six ans. Mais à l'expiration des six années, le compte n'avait point été balancé et arrêté; il avait été prorogé, au contraire, du consentement des parties, et, en fait, il s'était continué jusqu'au 24 mars 1847, jour du décès de Bony. — En cet état, il s'est agi de savoir si le droit hypothécaire conféré à Lemaître et compagnie devait être limité au 5 février 1846, ou si, au contraire, il devait garantir jusqu'au décès de Bony le solde du compte courant, jusqu'à concurrence de la

somme stipulée dans l'acte de crédit : et c'est à ce dernier parti que la Cour de Rouen s'était arrêtée¹. Pourquoi ? Parce que, disait-elle dans son arrêt, « le compte courant se compose d'un ensemble d'opérations successives qui se tiennent et s'enchaînent d'une manière indissoluble jusqu'à sa clôture ; que les versements et remises qui forment cet ensemble d'opérations ne sont que des éléments partiels du compte, et ne peuvent jamais constituer des *payements* dans l'acception légale de ce mot ; que la qualité de créancier ou de débiteur ne peut, par la même raison, être fixée qu'autant que le compte est définitivement arrêté, puisque le compte qui court, par la nature même de sa destination, ne présente aucune balance définitive ; que, d'après les principes, il est manifeste, dans l'espèce, qu'à la date du 5 février 1846, il n'y avait ni créancier ni débiteur, puisque, par une conséquence de la nouvelle convention des parties, le compte n'avait pas cessé de courir à cette date. »

Ces principes sur le compte courant sont d'une exactitude parfaite, au point de vue des obligations personnelles qui résultent de la convention pour les parties entre lesquelles elle est formée ; mais il y a ici les tiers, dont l'intérêt est principalement en jeu, et ces principes ne sauraient leur être opposés qu'autant que leurs droits n'en recevraient aucune atteinte. Ainsi, lorsque l'hypothèque a été consentie pour garantie d'une ouverture de crédit dont les parties ont limité la réalisation à une période fixée d'un certain nombre d'années, les tiers sont avertis que l'ouverture de crédit doit s'arrêter au terme fixé. S'il est dans le droit des parties de proroger la durée du crédit, soit par un nouveau compte, soit en continuant celui qui existe déjà, il est certain du moins que l'exercice de ce droit ne peut avoir pour conséquence d'*aggraver* au préjudice des tiers la situation hypothécaire du crédit au delà de ce qu'elle était au jour indiqué par l'inscription comme celui où le compte courant devait être arrêté, parce que là était pour les tiers la limite à laquelle devait être fixée l'étendue de la créance, et, conséquemment, l'importance de l'hypothèque qui la garantissait. C'est là le droit qui n'était pas suffisamment réservé par la Cour de Rouen. C'est pourquoi son arrêt a été cassé ; la Cour de cassation, et après elle la Cour de Paris, devant laquelle l'affaire a été ren-

¹ Rouen, 19 janvier 1849 (Dev., 50, 2, 133; Dalloz, 52, 1, 86).

voyée¹, ont jugé, par les motifs mêmes ci-dessus indiqués, que l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert par compte courant, pour un temps déterminé, avec stipulation qu'à l'expiration de ce temps le compte serait balancé et arrêté, n'est pas, dans ses effets à l'égard des tiers, soumise aux mêmes conditions et ne dépend pas des mêmes règles que la détermination, entre les parties, de la quotité de la dette du compte courant, et spécialement que si à l'expiration le compte, au lieu d'être balancé et arrêté, a été continué jusqu'à une époque ultérieure, les opérations faites pendant la prorogation ne sont pas *nécessairement* garanties par l'hypothèque.

V. Mais supposons que le solde dû à l'époque du règlement définitif du compte prorogé soit inférieur à celui qui aurait pu être constaté au terme où, d'après la convention primitive, le compte devait être balancé et arrêté; où serait alors l'inconvénient de suivre sans réserve les principes du compte courant? Et quel serait le préjudice qui en résulterait pour les tiers? Le cas se produisait précisément dans l'espèce que nous venons de citer. Ainsi, en fait, si le compte avait été balancé et arrêté au 5 février 1846, date où, d'après la convention, devait finir le crédit ouvert par l'acte du 5 février 1840, Bony eût été constitué débiteur d'une somme de 149,539 fr., qui ainsi eût absorbé complètement la garantie hypothécaire de 100,000 fr. Au lieu de cela, par suite des remises et des versements effectués successivement par Bony, il s'est trouvé qu'en mars 1847, date du règlement définitif du compte prorogé, le solde en faveur du créancier était réduit à la somme de 42,092 fr. Pourquoi cette dernière somme n'aurait-elle pas été couverte par l'hypothèque? Les créanciers intéressés à écarter cette hypothèque y résistaient parce que, disaient-ils, la créance de 149,539 fr., résultant du solde du compte tel qu'il aurait dû être arrêté à l'époque fixée par la convention primitive, avait été ultérieurement remboursée et éteinte par les remises ou versements opérés par Bony pendant la continuation du compte courant, et que, par suite, l'hypothèque qui servait de garantie à cette créance s'était éteinte en même temps. Ils ajoutaient que si plus tard, et en définitive, le créancier s'était trouvé créancier

¹ V. Cass., 22 mars 1852, et Paris, 21 décembre 1852 (Dev., 52, 1, 307; 53, 2, 5; Dalloz, 52, 1, 86; 53, 2, 81; J. P., 1852, 2, 286; 1853, 1, 182).

du crédit, c'était là une nouvelle créance à la garantie de laquelle ne pouvait être appliquée une hypothèque conférée uniquement pour la créance primitive, désormais éteinte; qu'en un mot, l'hypothèque consentie par le crédit n'avait pu couvrir que les opérations faites pendant le délai prévu, en sorte que, soit qu'aucune créance n'eût été réalisée à l'expiration de ce délai; soit que la créance réalisée eût été ensuite éteinte par le débiteur, les biens de celui-ci devaient se trouver libres de l'hypothèque éventuellement consentie, sans qu'on pût reporter ensuite cette hypothèque sur une créance qui n'avait pris naissance qu'au moyen d'une prolongation de crédit au delà du terme conventionnellement fixé lors de son ouverture.

Mais tout cela eût été bon si la situation hypothécaire du crédit se fût trouvée aggravée par le solde définitif du compte prorogé. Dans la situation inverse, et quand les créanciers contestants n'avaient aucun intérêt à critiquer une prorogation au cours de laquelle la situation de leur débiteur s'était améliorée à ce point que le solde, au lieu d'absorber la garantie hypothécaire, n'atteignait même pas à la moitié, leur prétention était assurément contraire à la justice; elle était également contraire au droit, et la Cour de Paris, devant laquelle elle était portée, sur le renvoi prononcé après cassation, a dit avec raison, pour la repousser, que les tiers, dès qu'ils n'avaient pas d'intérêt à critiquer la prorogation, devaient accepter le compte comme les parties elles-mêmes, et que, pour eux comme pour les parties, il était vrai de dire, dans ce cas particulier, que le compte courant forme un corps, un tout inséparable, dont tous les articles se tiennent et s'enchaînent, les avances et fournitures portées au débit et les remises et versements constatés au crédit composant un ensemble d'opérations qui, à raison même de leurs fluctuations successives et continues, acquièrent un caractère essentiellement indivisible, qui ne permet pas d'en détacher quelques parties pour y puiser des paiements partiels par voie de confusion, de compensation ou d'imputation¹.

VI. Terminons nos observations sur notre seconde question, en faisant remarquer que la pratique fait habituellement une autre exception, en sens inverse de celle dont nous venons de parler, à la règle que l'hypothèque, ajoutée à un acte de crédit

¹ V. l'arrêt de Paris, du 21 décembre 1852, cité à la note précédente.

limité dans sa durée, ne vaut que pour les sommes avancées pendant la période fixée. Ainsi l'on dit très-fréquemment, dans les ouvertures de crédit, que l'hypothèque garantira les *avances déjà faites* et celles à faire dans le délai de..., et ce jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Ici, au lieu de voir, comme tout à l'heure, l'hypothèque s'étendre à des opérations faites après la date primitivement fixée pour terme au crédit, nous la voyons couvrir des avances antérieures à la date de l'ouverture. Cette nouvelle exception doit être admise également; et pourvu qu'en somme les avances ne dépassent pas le chiffre du crédit ouvert, les tiers n'ont pas à se plaindre. Nous rattacherons à cet ordre d'idées un arrêt de la Cour de cassation duquel il résulte que l'hypothèque conférée pour sûreté des sommes à venir par suite d'un crédit ouvert jusqu'à concurrence d'une certaine somme peut, d'après les circonstances et l'interprétation des clauses de l'acte, s'appliquer non-seulement aux sommes qui seraient touchées en vertu de cette ouverture de crédit depuis la constitution de l'hypothèque, mais au solde d'un compte courant arrêté antérieurement, par suite d'avances antérieures et dont le crédit se trouvait débiteur¹. On voit, par cette décision, qui d'ailleurs, il faut le reconnaître, n'est qu'un arrêt d'espèce, que la Cour de cassation admet la convention dont nous parlons ici, et va même au delà, puisqu'elle la considère comme résultant des circonstances dans un cas où elle n'était pas expressément formulée.

VII. La créance résultant d'une ouverture de crédit ou d'une promesse de prêt est éventuelle; l'hypothèque ajoutée à la convention est donc éventuelle également: c'est par le versement des fonds par le créancier ou le prêteur, en d'autres termes, c'est par la réalisation que la créance devient certaine et actuelle, et que l'hypothèque est vivifiée. Mais comment la réalisation du prêt, ou l'emploi du crédit, seront-ils justifiés vis-à-vis des tiers? Le créancier ou le prêteur seront-ils tenus de l'établir en produisant des quittances authentiques? ou pourront-ils en justifier par tous les moyens légaux et admissibles entre le créancier et le crédit? C'est notre troisième question.

Il existe là-dessus des théories fort exagérées qui, partant de cette idée que l'hypothèque ne peut résulter que d'un acte au-

¹ Req., 18 août 1855 (Daloz, 56, 1, 165; Dev., 55, 1, 769).

thentique passé devant notaire (art. 2127), disent que rien n'est plus conséquent à ce principe que d'exiger un titre authentique pour l'établissement de la somme à l'occasion de laquelle une garantie hypothécaire a été donnée. C'est notamment l'avis de M. Dalloz ¹, et M. Merlin s'était d'abord prononcé en ce sens, déterminé, dit-il, qu'il avait été par ce passage de Raviot sur Perrier (Quest. 90, n° 31), que nous reproduisons ici, parce qu'il résume les motifs invoqués encore aujourd'hui à l'appui de cette doctrine : « Le mandant et le mandataire avaient » promis, celui-ci l'exécution du mandat, celui-là l'indemnité » ou d'autres conditions. Je croirais que, pour lors, le manda- » taire aurait hypothèque du jour de la procuration; *mais je » n'admettrais cette hypothèque que pour les actes de la gestion » qui seraient publics et dont la date serait certaine*, parce que » c'est une maxime, en France, qu'il ne doit pas dépendre de » nous de nous faire des hypothèques par des actes sous signa- » ture privée; ces actes n'ont jamais de date à l'égard des tiers. » Il faut que les hypothèques soient avérées; sans quoi nous les » rejetons, parce que nous préférons le droit public au droit » particulier, et que toutes nos lois portent leur attention à ne » point souffrir que la foi publique soit trompée ni même ex- » posée aux fraudes. » Mais M. Merlin ajoute qu'en y réfléchissant, cette doctrine lui a paru n'être qu'une erreur, en tant qu'elle exige des *actes publics* pour prouver l'existence de la créance, et ne se contente pas d'actes sous seing privé dont la date, sans être authentique, ne soit pas douteuse ². Nous comprenons à merveille le changement qui s'est opéré dans l'opinion de M. Merlin.

Et d'abord, la doctrine qu'il rétracte est inadmissible absolument, car elle aboutirait à une impossibilité, dans le cas où la promesse a lieu entre négociants et consiste dans la convention connue sous la dénomination d'*ouverture de crédit*. Il y a là une série d'opérations dont les fluctuations continuelles changent à chaque instant la situation des parties : ce sont, d'une part, des avances ou des fournitures qui sont constatées par de simples mentions au débit; d'une autre part, des versements ou des remises qui s'établissent par d'autres mentions au crédit : et dire

¹ V. M. Dalloz (*Rép.*, v° *Hyp.*, p. 205, n° 20).

² V. M. Merlin (*Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n° 1, *in fine*).

que, dans ce cas, l'hypothèque ne pourra exister et avoir effet qu'à la condition par le créateur de prouver sa créance par des actes authentiques ou même par des actes sous seing privé ayant acquis date certaine, ce serait tout bonnement poser en principe qu'une stipulation d'hypothèque ne peut pas accéder à la convention d'ouverture de crédit. On ne saurait aller jusque-là : aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à reconnaître que les paiements effectués en exécution de l'ouverture de crédit peuvent être prouvés, même vis-à-vis des tiers, par les livres des parties ¹.

Mais supposons que la convention ait eu lieu entre non-négociants, qu'elle ait eu simplement pour objet une promesse de prêt : même dans ce cas, nous disons que l'existence de la créance ou la réalisation n'a pas besoin, pour être établie, du secours de l'authenticité. Le tort de la doctrine contraire est de confondre deux choses essentiellement distinctes : la cause efficiente de l'hypothèque d'une créance conditionnelle et tout d'abord indéterminée, et la liquidation de cette créance. La cause efficiente de l'hypothèque, c'est la convention qui l'a constituée. Que cette convention doive être faite en la forme authentique, cela est certain ; et, dans le cas où la créance garantie par l'hypothèque est conditionnelle, éventuelle ou indéterminée, non moins que dans celui où la créance est liquide et certaine, la forme de l'acte notarié est une condition nécessaire et sans laquelle l'hypothèque ne serait pas valablement constituée. Mais il n'y a pas indivisibilité, quant à la forme, entre la constitution d'hypothèque et l'acte ultérieur par lequel le créancier liquide sa créance primitivement conditionnelle, éventuelle ou indéterminée. La loi ne parle de l'authenticité, elle n'en fait une condition nécessaire, que pour l'acte constitutif de l'hypothèque ; elle se borne là ² : et, comme le dit M. Merlin, pour étendre sa disposition jusqu'aux pièces nécessaires pour régler et liquider la créance ainsi hypothéquée, il faudrait être législateur.

Qu'on ne parle pas, d'ailleurs, de l'intérêt des tiers et des dangers auxquels ils seraient exposés si l'on n'avisait pas aux moyens de rendre pour ainsi dire impossible une entente frau-

¹ V. Douai, 17 décembre 1833 (Dev., 34, 2, 279).

² Ce sont des points que nous avons établis dans notre *Commentaire-Traité des Privilèges et Hypothèques*, V. n^{os} 656 et 660.

duleuse entre le prêteur et l'emprunteur pour arriver à la diminution du gage hypothécaire par la supposition d'une numération de deniers. En définitive, les tiers sont avertis à l'avance, par l'inscription, que les biens de l'emprunteur ou du crédité sont éventuellement grevés d'hypothèque pour une créance dont le chiffre leur est révélé par cette inscription. S'ils traitent malgré cet avertissement, ils traitent en connaissance de cause et nécessairement dans la prévision que le crédit à raison duquel l'hypothèque a été éventuellement constituée pourra être épuisé en totalité. Et comme l'hypothèque ne pourra, en aucun cas, couvrir des sommes supérieures, il est vrai de dire qu'il n'y a pas ici de surprise possible. Les tiers contesteront donc, s'ils le jugent à propos, les quittances ou les pièces produites pour justifier la réalisation; ils les attaqueront et tenteront, par tous les moyens du droit commun, de les faire tomber s'ils prouvent qu'elles cachent des fraudes; mais ils ne pourront prétendre à rien de plus, et, notamment, ils ne pourront pas, quand la loi n'a pas expressément déclaré que ces pièces ne feraient preuve qu'autant qu'elles seraient rédigées en la forme authentique par-devant notaire, les faire écarter de plein droit par cela seul qu'elles consisteraient en actes sous seing privé¹.

VIII. Quant à notre dernière question, elle est de toutes celles qui a soulevé et qui soulève encore les plus vives controverses en théorie, bien qu'elle paraisse définitivement résolue, par la jurisprudence, dans un sens conforme aux besoins de la pratique. Il s'agit de savoir si l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert ou d'une promesse de prêt remonte, pour les diverses sommes que le débiteur a successivement prélevées, au jour de l'inscription prise en vertu de l'acte de constitution, ou si, au contraire, elle ne date, pour chacune de ces sommes, que du jour où elle a été prélevée. Par exemple, en octobre 1850, un crédit de 10,000 fr. a été ouvert, sous affectation hypothécaire, à Paul par Pierre, qui a pris immédiatement inscription. Mais le crédité n'a eu recours à la caisse du créancier qu'au mois de janvier 1851, et y a puisé jusqu'au mois de décembre

¹ V. MM. Troplong (n° 508), Grenier (t. I, n° 29), Coulon (t. III, p. 259). — Le point est résolu législativement dans ce sens en Belgique, par la loi du 16 décembre 1851, dont l'article 80 dit expressément que la délivrance des fonds pourra être établie par tous les moyens légaux. — V. MM. Delebecque (*Comm. légis.*, p. 287), Martou (t. III, p. 511, et n° 1024).

suisant, époque à laquelle le crédit a été épuisé. A quelle date devra-t-on fixer l'hypothèque de Pierre dans ce cas? Prendra-t-elle rang au jour de l'inscription primitive, c'est-à-dire au mois d'octobre 1850? ou ne prendra-t-elle rang qu'au jour de la réalisation, c'est-à-dire au mois de janvier 1851, et successivement aux diverses dates des prélèvements effectués par Paul, jusqu'en décembre 1851, dans la caisse de Pierre? On aperçoit tout l'intérêt de la question : c'est une question de préférence entre l'hypothèque de Pierre et les hypothèques que Paul pourrait avoir conférées à d'autres créanciers sur les mêmes immeubles, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'acte d'ouverture de crédit et les divers actes de réalisation.

Dans l'ancienne jurisprudence, aucun doute ne paraît s'être élevé là-dessus. Pothier, qui résume la doctrine généralement admise, s'exprime ainsi sur ce point : « On peut constituer des hypothèques pour une dette qui n'a point été contractée, mais que l'on contractera, *et futura obligationis nomine*; mais comme il ne peut y avoir d'hypothèque qu'il n'y ait une dette, cette hypothèque n'aura lieu que du jour que la dette aura été contractée. C'est pourquoi si aujourd'hui, premier d'avril, je suis convenu que tel héritage vous serait spécialement hypothéqué pour une somme de 10,000 liv. que vous me prêteriez, et que vous ne m'avez compté cette somme que le premier septembre suivant, l'hypothèque n'aura lieu que du premier septembre, parce que, n'ayant commencé à être débiteur envers vous de cette somme que du jour que je l'ai reçue, l'hypothèque n'a pu naître plus tôt, ne pouvant pas y avoir d'hypothèque avant qu'il y eût une dette ¹. » Aujourd'hui encore, sous le Code Napoléon, cette doctrine trouve des partisans nombreux parmi les auteurs les plus accrédités. On a dit que la convention qui ouvre un crédit à une personne, lui laissant une entière liberté d'user ou de ne pas user du crédit, n'engendre pas d'obligation par elle-même; qu'il ne peut donc s'attacher d'hypothèque à cette convention, puisque l'hypothèque, étant essentiellement l'accessoire d'une créance, ne peut exister tant qu'il n'existe pas une obligation principale à laquelle elle puisse accéder : et l'on a conclu de là que si, avant de faire usage du crédit, le crédit hypothé-

¹ V. Pothier (*De l'hyp.*, n° 62). — Junge : Domat (*loc. cit.*, liv. III, tit. I, sect. 1, art. 4), Basnage (chap. 1, sect. 3).

quait ses immeubles à d'autres créanciers qui s'empresseraient de prendre inscription, ces nouvelles hypothèques seraient préférables, et le crédit ne pourrait les rendre sans effet en usant ultérieurement de son crédit ¹.

Mais pourtant il faut reconnaître que si cette doctrine devait prévaloir, c'en serait fait des conventions de l'espèce; quelque utiles, quelque avantageuses qu'elles soient pour le développement du crédit, la pratique n'y saurait plus recourir. La Faculté de droit de Strasbourg ² mettait cela dans tout son jour, lors de l'enquête administrative de 1841, quand elle disait : « Les constitutions d'hypothèque pour sûreté de crédits ouverts sont, pour les simples particuliers comme pour les négociants, un élément commode de crédit dont il serait contraire à l'intérêt général d'entraver l'emploi et le développement. Or, en ne donnant à l'hypothèque que la date des diverses avances successivement faites à l'emprunteur, on enlève au prêteur les garanties que la convention devait lui assurer, et l'on dépouille par cela même cette convention de son caractère propre et des avantages particuliers à raison desquels elle constitue un moyen de crédit distinct de l'hypothèque ordinaire. En effet, dans ce système, le prêteur devrait, s'il voulait avoir la certitude que son gage n'a pas été diminué, se faire représenter un nouvel extrait du registre des inscriptions hypothécaires chaque fois que l'emprunteur viendrait demander une avance, et il serait autorisé à refuser des fonds, si ce dernier ne justifiait pas de l'absence de nouvelles hypothèques. Cela n'est-il pas incompatible avec la nature d'un crédit ouvert, dont l'effet doit être d'autoriser l'une des parties à puiser, quand bon lui semble, à la caisse de l'autre, les sommes dont elle peut avoir besoin? Comment, d'ailleurs, fera-t-on si, au lieu de se présenter elle-même à la caisse du banquier, la personne qui a un crédit ouvert a fourni des traites sur lui? Les porteurs de ces traites seront-ils, eux aussi, tenus de justifier que le tireur n'a pas consenti d'hypothèque au profit de tiers? Il faut donc le recon-

¹ V. MM. Merlin (*Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n° 2), Toullier (t. VI, n° 546), Dalloz (v° *Hyp.*, p. 204, n° 18), Zachariæ (t. II, p. 14, note 21), Troplong (n° 78), Championnière et Rigaud (t. II, n° 934). — *Junge* : Liège, 7 janvier 1811; — Bruxelles, 10 juillet 1817 (Dalloz, t. IX, p. 217, 218).

² Observations de la Faculté de Strasbourg (*Doc. hyp.*, t. III, p. 346). — V. en outre, *ibid.* (t. I, p. 536, 594, 596).

naître : la restriction de l'effet de l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, aux dates respectives des avances successivement faites à l'emprunteur, aurait pour résultat de rendre impraticable ce genre de constitution d'hypothèque, ou du moins d'en entraver l'emploi par des difficultés qui les priveraient des avantages particuliers qu'elles offrent, quand on leur donne tout l'effet qu'elles doivent produire d'après l'intention des parties. »

Ajoutons à ces considérations, prises toutes dans l'intérêt de la pratique, que le droit est parfaitement conforme. Je donne à un banquier mandat de me procurer des fonds en compte courant. Il voudra bien le faire sous un cautionnement, sous un nantissement, sous une hypothèque, que je lui donnerai avant qu'il n'exécute mon mandat. Que faisons-nous alors? De mon côté, je constitue la sûreté nécessaire aux obligations futures, et, de son côté, le banquier prend l'obligation de me fournir des deniers dans l'avenir. Est-il contraire au droit que je constitue *dès aujourd'hui* une sûreté pour l'exercice d'un *mandat* que je donne *aujourd'hui*? C'est permis pour le cautionnement, contrat accessoire; c'est permis pour le nantissement, contrat accessoire; c'est permis pour l'hypothèque, contrat accessoire; c'est permis par l'article 1130. La dette future que je contracterai envers vous, et les choses que vous me fournirez, peuvent être pour moi dès aujourd'hui la matière d'une obligation que je contracte dès aujourd'hui, et qui deviendra la *cause* ou la sûreté de l'exécution de notre mandat. Et comme c'est du jour du mandat que je contracte l'obligation de vous indemniser de son exécution, il est clair que si vous exécutez le mandat, qui fera naître ma dette envers vous, mon obligation de payer est née, par l'effet rétroactif de la condition, au jour même où j'ai donné la sûreté de l'obligation future.

Tout cela est certain en droit : voilà pourquoi la jurisprudence (et c'est aussi l'avis de la majorité des auteurs) a décidé que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté produit effet du jour du contrat, non-seulement quand les tiers n'ont acquis de droits qu'après la réalisation¹, mais encore quand les droits acquis par les tiers l'ont été avant la réalisation, mais après que l'inscription a été prise en vertu du contrat².

¹ Req., 26 janvier 1814 (Daloz, t. IX, p. 215).

² V. Douai, 17 décembre 1833; — Paris, 20 août 1841, 30 mars 1842 et

Cette solution est la seule conciliable avec le droit comme avec les besoins de la pratique. Et en définitive, les tiers, dont l'intérêt est engagé ici, ne peuvent pas s'en plaindre dans l'état actuel de la législation, comme ils l'auraient pu sous l'ancienne jurisprudence. Leur sauvegarde est dans cette publicité que nos anciens ne pratiquèrent pas ; et quand l'inscription de l'hypothèque pour sûreté d'un crédit ouvert leur fait connaître à l'avance l'importance de ce crédit, ils ne pourraient imputer qu'à eux-mêmes le préjudice qu'ils souffriraient si, en traitant avec le crédit, ils avaient négligé de tenir compte de la situation, et n'avaient pas prévu que le crédit pourrait être épuisé.

IX. Il nous reste, pour compléter nos observations sur les promesses de prêt, à rapprocher de ce qui précède quelques règles particulières et toutes spéciales aux prêts consentis par les Sociétés de Crédit foncier.

Dans les principes de la législation qui régit ces Sociétés, il y a des conditions générales qui doivent être rigoureusement remplies pour que la convention de prêt soit régulièrement formée. Ainsi, les Sociétés ne peuvent prêter que sur première hypothèque, sauf les exceptions déterminées par la loi, et elles ne peuvent faire de prêt excédant la moitié de la valeur de la propriété donnée en garantie. Nous ne parlons pas d'une autre condition encore, qui consistait dans l'obligation de purger, parce que la purge, qui était obligatoire d'après le décret du 28 février 1852, est devenue purement facultative pour les Sociétés aux termes de l'article 2 de la loi du 10 juin 1853.

Ainsi, toute demande d'emprunt adressée par un propriétaire à une Société de Crédit foncier est suivie d'une instruction, qui d'abord a pour objet l'examen de la personne au point de vue de sa capacité et des biens offerts en hypothèque au point de vue de l'établissement de la propriété et de la solidité du gage, et, en outre, qui a pour but d'assurer à la Société cette priorité du rang hypothécaire qui est une condition essentielle et sans laquelle la convention de prêt ne saurait se former.

15 janvier 1852 ; — Aix, 29 mai 1841 ; — Besançon, 30 novembre 1848 ; — Req., 8 mars 1853 (Dalloz, 54, 1, 341 ; Dev., 34, 2, 279 ; 41, 2, 541 ; 43, 2, 113 ; 48, 2, 729 ; J. P., 1852, 1, 334 ; 1853, 1, 364). — V. aussi MM. Grenier (t. I, n° 296), Persil (art. 2114, n° 3), Favard (v° *Hyp.*, p. 731), Pardessus (n° 1137), Rolland de Villargues (v° *Hyp.*, n° 55), Battur (n° 283), Deville-neuve (1850, 1, 91). — C'est aussi en ce sens que s'est prononcée en Belgique la loi du 16 décembre 1851. (V. l'article 80, déjà cité.)

Après cela, il y a un premier acte qui doit être rédigé conformément aux formules arrêtées par la Société, et qui contient, avec l'énonciation du montant du prêt, du chiffre et des termes de paiement des annuités, des conditions et des effets des remboursements anticipés, la désignation des biens hypothéqués, l'établissement de propriété, la déclaration de l'état civil de l'emprunteur, l'affectation hypothécaire, le transport de l'indemnité d'assurance, etc. Ce premier acte est qualifié de *contrat conditionnel* par la loi elle-même (décret du 28 février 1852, art. 8, et loi du 10 juin 1853, art. 4), dans laquelle cette qualification s'introduit ainsi pour la première fois. Toutefois, le contrat est conditionnel à un autre point de vue que les promesses de prêt et les ouvertures de crédit dont nous venons de parler : dans ces dernières conventions, la condition consiste en ce que le crédit ou l'emprunteur peut à son gré faire ou ne faire pas usage du crédit à lui ouvert; au contraire, vis-à-vis des Sociétés de Crédit foncier, l'emprunteur est obligé de prendre la somme prêtée, et de la prendre en totalité, de même que la Société est obligée de la livrer dès que la convention est consommée. Mais le contrat y est conditionnel en ce sens que la réalisation du prêt est subordonnée au résultat de la purge des hypothèques légales, quand il y a lieu de l'accomplir, et à celui des formalités hypothécaires, qui doivent être remplies dans tous les cas. C'est après l'accomplissement de ces formalités et quand elles n'ont fait surgir aucun obstacle à cette priorité de rang que la société doit toujours s'assurer, qu'intervient un second acte qui s'appelle l'*acte définitif*. Ainsi les Sociétés de Crédit foncier font ostensiblement et de par la loi ce qui se pratique habituellement et en secret dans les prêts entre particuliers, à l'occasion desquels l'acte constate la remise des fonds à l'emprunteur par le prêteur, bien qu'en fait les fonds restent dans la caisse du notaire en attendant que l'état des inscriptions que l'on prendra permette de s'assurer que les biens offerts par l'emprunteur présentent une sûreté véritable.

Quoi qu'il en soit, ce nouvel acte, qui constitue la réalisation du prêt, énonce sommairement l'accomplissement des formalités de purge et des autres formalités hypothécaires, établissant qu'il n'est survenu aucune inscription primant celle du Crédit foncier, à l'exception de celles dont les causes doivent être

remboursées avec le montant du prêt; et, à quelque époque qu'intervienne cet acte qui constate la remise des deniers, l'hypothèque de la Société, qui a pu être inscrite en vertu de l'acte conditionnel, prend rang du jour de l'inscription. Cela eût été constant quand même la loi n'en aurait pas parlé, et l'on aurait dû appliquer la jurisprudence dont nous avons rendu compte au n° VIII, d'autant plus qu'ici, à la différence de ce qui a lieu dans les ouvertures de crédit, la réalisation du prêt n'est nullement facultative, comme nous venons de le dire; mais l'on a cru prudent de l'exprimer, et l'article 4 de la loi du 10 juin 1853 dit, en effet, que « l'hypothèque consentie au profit d'une Société de Crédit foncier, par le contrat conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement. »

PAUL PONT.

DES LIMITES DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE

EN MATIÈRE DE CONTRATS, DE DETTE PUBLIQUE ET DE RESPONSABILITÉ CIVILE.

Par M. CABANTOUS, professeur de droit administratif
à la Faculté de droit d'Aix.

Dans un précédent article publié par cette *Revue*¹, nous avons exposé les restrictions qui doivent être apportées à la règle, si souvent invoquée, que l'autorité judiciaire seule a qualité et mission pour statuer sur les questions de propriété. C'est un travail analogue que nous voulons entreprendre, au sujet du principe, non moins généralement admis, que toutes les difficultés nées des contrats, des dettes ou créances, et de l'application de la responsabilité civile, sont exclusivement dévolues aux tribunaux de l'ordre judiciaire.

Le doute ne pouvant commencer à naître qu'autant que l'administration se trouve en cause par elle-même ou par ceux qui la représentent, nous supposerons toujours cette condition remplie. Pour éviter, d'ailleurs, d'inutiles répétitions, nous omet-

¹ V. livraison du mois de mars 1857, p. 256 à 276.

trons tous les contrats relatifs à la transmission ou à la jouissance de la propriété, ainsi que les questions de dommages aux biens.

Le champ que nous aurons à parcourir est encore très-vaste, même en laissant de côté tout ce qui ne soulève aucune controverse. Sans sortir des limites qui viennent d'être tracées, nous devons successivement étudier les exceptions à la compétence judiciaire, touchant les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, les créances contre l'État et les demandes en indemnité dont l'administration ou ses ayants droit peuvent être l'objet, comme civilement responsables du fait de leurs agents ou préposés.

I. *Des marchés de travaux publics.* — L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, porte que le conseil de préfecture prononce sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché. Cette disposition, très-explicite mais très-brève, a reçu de la jurisprudence le plus complet développement, de manière à pleinement atteindre le but que le législateur s'est proposé, de soustraire aux lenteurs de la procédure judiciaire toutes les contestations qui auraient pour effet de retarder l'achèvement ou d'obliger à juger l'exécution des travaux publics de tout genre. C'est dans cet esprit que chacun des termes de l'attribution faite à l'autorité administrative a été largement interprété, ainsi que le démontre l'ensemble des décisions qui vont être mentionnées.

1° En ce qui concerne la nature des travaux, il est aujourd'hui unanimement reconnu, après une longue dissidence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, que les travaux d'utilité purement communale, comme ceux d'un caractère plus général, sont légalement compris sous la dénomination de travaux publics¹. La même décision est appliquée aux travaux d'intérêt collectif, commandés par les conseils de fabrique² ou par les commissions administratives d'hospices³. Dans tous ces cas indistinctement, les contestations auxquelles donnent lieu

¹ V. tribunal des conflits, 24 avril, 8 mai et 3 juillet 1850; — cassation, 28 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 296).

² V. Conseil d'État, 27 mai 1848.

³ V. Conseil d'État, 27 février 1847.

les cahiers des charges doivent être portées devant les conseils de préfecture.

2° Relativement aux personnes comprises dans le texte de la loi de l'an VIII, l'expression d'entrepreneurs est entendue non-seulement des adjudicataires et concessionnaires, mais, d'une manière absolue, de tous ceux qui, à un titre quelconque, ont traité directement avec l'administration pour concourir à l'exécution des travaux. Par suite, la jurisprudence défère aux conseils de préfecture les difficultés qui s'élèvent entre l'administration et les architectes¹, ainsi que celles qui peuvent naître des souscriptions consenties par des particuliers, pour contribuer à la dépense d'ouvrages publics, lorsque ces souscriptions ont été approuvées par le préfet². Même en dehors de tout engagement volontaire, les particuliers que les lois obligent à supporter les frais de certains travaux d'utilité publique, tels que le curage et l'entretien des petits cours d'eau, sont justiciables des conseils de préfecture, à raison des honoraires dus aux ingénieurs, en vertu de l'article 75 du décret du 7 fructidor an XII³.

3° Quant aux contestations dont le législateur a voulu investir la juridiction administrative, ce sont toutes celles qui ont pour principe l'obligation d'exécuter les travaux conformément aux conditions convenues. En conséquence, les conseils de préfecture ne connaissent pas seulement des difficultés élevées durant l'exécution, mais ils sont, en outre, appelés à statuer, nonobstant la réception définitive des ouvrages, sur tous les litiges que suscite l'application de la responsabilité décennale, imposée aux entrepreneurs et architectes par les articles 1792 et 2270 du Code Napoléon⁴. C'est à eux également qu'il appartient d'apprécier les effets et la portée de la mise en régie prononcée contre l'entrepreneur par l'administration active, qui, seule, a le droit de prendre cette mesure, mais qui n'a pas qualité pour en suivre l'exécution⁵. Enfin, ils ne cessent pas d'être compétents, parce qu'il s'agirait de travaux exécutés en vertu de

¹ V. Conseil d'État, 23 novembre 1850, 18 juin 1852.

² V. Conseil d'État, 20 avril 1839, 7 décembre 1844, 23 mars 1850.

³ V. Conseil d'État, 1^{er} décembre 1849; — tribunal des conflits, 20 novembre 1850.

⁴ V. Conseil d'État, 13 août 1850, 18 novembre et 9 décembre 1852.

⁵ V. Conseil d'État, 19 mars 1849, 10 août 1850.

simples conventions verbales¹, ou parce que la demande tendrait seulement à obtenir le paiement de projets, devis et plans, commandés pour des travaux qui n'auraient pas été réalisés².

Ces diverses solutions, que la jurisprudence du conseil d'État a logiquement déduites du principe écrit dans l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, amènent à conclure que tout ce qui se rattache aux contrats passés pour l'exécution des travaux publics, reste entièrement étranger aux tribunaux de l'ordre judiciaire, qui ne sauraient en connaître sans excès de pouvoir. Il leur est même défendu de retenir une demande en paiement formée devant eux par un entrepreneur de travaux publics, malgré le soin qu'ils prendraient de renvoyer préalablement à l'autorité administrative le jugement des difficultés concernant la fixation des sommes dues, et de ne se réserver à eux-mêmes que la collation d'un titre exécutoire au profit du demandeur³. Il est de principe, en effet, que les arrêtés des conseils de préfecture sont exécutoires de plein droit, sans aucune intervention de l'autorité judiciaire, et la grande règle de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'on puisse tirer argument contre les actes de la juridiction administrative, de ce qui a lieu pour les sentences arbitrales et pour les décisions des jurys d'expropriation.

Mais dès que le procès est étranger au contrat administratif ayant pour objet l'exécution des travaux, le principe de la compétence judiciaire reprend tout son empire, et a reçu, dans la pratique, les plus fréquentes applications. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante reconnaît aux tribunaux civils seuls le droit de statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever entre un entrepreneur de travaux publics et les sous-traitants⁴. Ils sont aussi seuls juges des réclamations formées par un tiers auquel l'entrepreneur aurait cédé sa créance contre l'administration, en tant que l'action serait engagée avec le cédant, la compétence du conseil de préfecture restant réservée vis-à-vis de l'administration elle-même⁵. L'autorité judiciaire est également

¹ V. Conseil d'État, 7 décembre 1844.

² V. Conseil d'État, 20 avril 1847; — tribunal des conflits, 22 novembre 1851.

³ V. Conseil d'État, 23 juin 1848, 23 novembre 1854.

⁴ V. notamment Conseil d'État, 22 juin 1850.

⁵ V. Conseil d'État, 25 novembre 1852, 2 février 1854.

appelée à connaître des oppositions aux contraintes décernées en vertu des mandats délivrés par les préfets pour les honoraires dus aux ingénieurs, pourvu que ces oppositions soient uniquement fondées sur l'irrégularité des contraintes ou de la procédure, et ne touchent pas au fond du droit¹. C'est encore à elle qu'il appartient de résoudre les questions litigieuses qui peuvent naître de la souscription d'un particulier, pour concourir à l'acquisition d'une église communale, lorsque la contestation s'applique exclusivement à la quotité de la somme souscrite et ne porte aucune atteinte aux actes administratifs, qui ont prescrit ou permis l'appel aux fortunes privées². Un tel cas ne saurait évidemment rentrer dans les prévisions de la loi de l'an VIII, puisqu'il concerne l'acquisition, mais non la construction d'un bâtiment d'utilité publique.

En résumé, pour tracer d'une manière nette et précise la ligne de démarcation entre la compétence judiciaire et la compétence administrative, relativement aux marchés de travaux publics, il faut partir de cette idée fondamentale que le législateur a voulu attribuer aux conseils de préfecture, sans exception ni réserve, toutes les difficultés contentieuses qui, avant, pendant ou après l'exécution des travaux publics de tout ordre et de toute nature, peuvent influer à un degré quelconque sur cette exécution elle-même; mais qu'il n'a pas autrement dessaisi la juridiction judiciaire qui rentre, par conséquent, dans la plénitude de son exercice dès que l'utilité publique est désintéressée. Au moyen de ce principe, les nombreuses solutions que nous avons réunies et classées forment un tout parfaitement homogène et rationnel; car c'est ici une des matières où la jurisprudence du conseil d'État, qui a fourni les premières assises de l'édifice du droit administratif, et que nous croyons destinée à en préparer le complet achèvement, s'est inspirée des vues les plus judicieuses et les plus fermes, a procédé avec le plus de logique et d'unité.

II. *Des marchés de fournitures.* — Toutes les contestations auxquelles ces marchés peuvent donner lieu entre l'administration et les traitants, avaient d'abord été déférées à l'autorité judiciaire, aux termes de la loi du 4 mars 1793; mais l'impuis-

¹ V. tribunal des conflits, 20 novembre 1850; — Conseil d'État, 12 décembre 1851.

² V. tribunal des conflits, 2 mai 1850.

sance de cette autorité à prévenir ou même à réprimer efficacement les scandaleux abus dont les fournisseurs se rendaient trop souvent coupables, suggéra la pensée de lui retirer le contentieux des marchés intéressant directement l'État, pour en investir la juridiction administrative, que l'on présumait devoir être plus sévère. Ce changement fut d'abord introduit avec beaucoup d'hésitation, et c'est surtout la jurisprudence qui l'a fait définitivement prévaloir.

La loi du 13 frimaire an VIII permit aux commissaires de la trésorerie nationale d'émettre des arrêtés susceptibles d'exécution provisoire contre les entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et agents quelconques, dont les comptes devaient être réglés par le pouvoir central. Après la suppression des commissaires de la trésorerie nationale par la constitution de l'an VIII, ce furent les ministres, et notamment celui des finances, qui eurent le droit de prendre les mesures de ce genre, en vertu de l'arrêté du 18 ventôse an VIII. Il résultait bien de là que l'autorité administrative pouvait faire exécuter par provision les règlements de comptes concernant les fournisseurs de l'État; mais il ne s'ensuivait pas qu'elle eût qualité pour statuer, à titre définitif, sur les difficultés relatives au sens et à l'exécution de leurs marchés.

Cette attribution ne lui fut conférée que par le décret du 11 juin 1806. D'après l'article 14 de ce décret, le conseil d'État dut connaître de toutes contestations ou demandes ayant pour objet soit les marchés passés avec les ministres, avec l'intendant de la maison impériale ou en leur nom, soit les fournitures faites pour le service des divers départements ministériels, pour le service personnel de l'empereur ou celui de ses palais. Rien de plus précis que ce texte, qui donnait évidemment au conseil d'État un véritable droit de juridiction sur les fournisseurs de la nation et de son chef, mais qui semblait l'en investir directement en premier et dernier ressort, à l'exclusion de toute autre autorité administrative. Une jurisprudence depuis longtemps invariable admet néanmoins que les ministres et l'intendant de la maison impériale, qui aujourd'hui a titre et rang de ministre, doivent d'abord être saisis des contestations qui naissent des marchés passés avec eux, et que le conseil d'État ne peut y statuer qu'en cas de recours contre leurs décisions.

C'est là, sans doute, une interprétation peu conforme à la lettre

du décret de 1806, mais en parfaite harmonie avec le caractère habituel de la juridiction du conseil d'État, devant qui les affaires sont presque toujours portées par voie d'appel. Aussi n'est-elle plus contestée ni en droit ni en fait, et le conseil d'État ne manque-t-il jamais de déclarer non recevables les demandes dont il s'agit, lorsqu'elles lui sont directement déférées, sans avoir été préalablement soumises au ministre compétent. Et c'est bien réellement à titre de juridiction, et non par forme de simple avis, qu'il entend et suppose que le ministre doit d'abord en connaître, puisqu'il ne reçoit le recours contre la décision ministérielle qu'autant que le pourvoi a été formé dans le délai ordinaire de trois mois, depuis la notification de l'arrêté ¹.

Quant aux conseils de préfecture, qui n'ont en principe d'autres attributions contentieuses que celles qui leur sont expressément reconnues par les lois, ils ne sauraient, sans excès de pouvoir, prononcer sur les réclamations relatives à ceux d'entre les marchés de fournitures dont le contentieux est remis aux ministres ².

A part les marchés de fournitures concernant l'État ou la liste civile, tous autres contrats de même genre, quoique passés avec l'administration, restent soumis, en règle générale, à la compétence judiciaire, pour les difficultés d'interprétation et d'exécution auxquelles ils peuvent donner lieu. C'est ce qui a été décidé notamment au sujet des marchés de fournitures intéressant les communes ou les hospices, lors même que l'entrepreneur aurait formellement accepté la compétence administrative, les conventions privées ne pouvant déroger à l'ordre des juridictions ³.

Le conseil d'État a néanmoins semblé reconnaître, en ne prononçant pas d'office pour cause d'incompétence, la nullité de l'arrêté qui lui était déféré pour d'autres griefs, que le conseil de préfecture de la Seine avait pu valablement statuer sur l'exécution d'un marché conclu pour le nettoyage des rues de la ville de Paris ⁴; mais ce n'est là qu'une décision implicite, mo-

¹ V. Conseil d'État, 26 janvier 1850.

² V. Conseil d'État, 10 août 1847.

³ V. Conseil d'État, 13 juillet 1825, 8 novembre 1829, 8 juin 1850, 1^{er} décembre 1853, 22 juin 1854.

⁴ V. Conseil d'État, 8 août 1844.

tivée d'ailleurs par des circonstances particulières, et dont on ne doit tirer aucune conséquence générale ou théorique.

Une dérogation beaucoup plus expresse, et d'une application bien plus fréquente, est celle qui a trait aux marchés de fournitures pour les travaux publics. La jurisprudence étend à ce cas l'attribution faite aux conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an VIII, relativement aux marchés qui ont pour objet l'exécution même des travaux. Cette extension se déduit logiquement du principe suivant lequel quiconque a traité directement avec l'administration en vue des travaux publics, devient, par ce seul fait et dans tout ce qui concerne son contrat, essentiellement justiciable des conseils de préfecture. C'est donc à bon droit que ces conseils sont déclarés compétents pour statuer sur le contentieux des marchés qui tendent à fournir les matériaux nécessaires aux travaux, lorsque l'administration préside elle-même à l'exécution, comme ils ont incontestablement reçu le pouvoir de connaître des traités passés avec les entrepreneurs, lorsque l'administration a préféré procéder par voie d'adjudication, et que les soumissionnaires n'ont pas encouru de déchéance.

La compétence des conseils de préfecture, par rapport aux marchés de fournitures pour les travaux publics, a, du reste, la même étendue qu'à l'égard des marchés concernant l'entreprise de ces travaux; d'où il suit qu'elle est générale et absolue, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les ouvrages pour lesquels les fournitures doivent être faites intéressent une commune, un établissement public ou l'État. Il est vrai que les ministres, chargés de traiter au nom de l'État, sont habituellement investis du contentieux des marchés par eux conclus; mais cette règle reçoit ici exception en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui a conféré juridiction expresse aux conseils de préfecture en matière de travaux publics de tout ordre.

Si, comme on vient de le voir, nous adhérons pleinement à la jurisprudence, en tant qu'elle assimile les marchés de fournitures pour les travaux publics aux traités passés pour l'exécution de ces travaux par des entrepreneurs, nous sommes loin d'approuver toutes les conséquences qu'elle a déduites de ce principe. Nous admettons bien avec elle que les conseils de préfecture sont seuls appelés à connaître de l'application d'un marché conclu pour l'éclairage au gaz d'une commune, à raison

des travaux que ce mode d'éclairage nécessite sous la voie publique¹; mais nous ne saurions trouver conformes au véritable esprit de la loi les décisions, d'ailleurs très-nombreuses et très-explicites, qui considèrent comme travaux publics les services économiques des maisons centrales de détention, et défèrent par suite, aux conseils de préfecture, toutes les difficultés auxquelles donnent lieu les marchés relatifs à l'adjudication de ces services².

Les fournitures qui font l'objet des marchés de ce genre, consistant en effets de consommation usuelle ou en matières premières destinées au travail intérieur des détenus, ne présentent évidemment aucune espèce de rapport, même éloigné, avec les entreprises de construction que l'on désigne sous le nom de travaux publics. Les marchés concernant le service économique des maisons centrales de détention, étant passés avec le ministre de l'intérieur ou avec ses agents, devraient donc, en vertu du décret du 11 juin 1806, être exclusivement soumis à la juridiction ministérielle pour toutes les contestations qui naissent de leur exécution. Si, en fait, ces contestations sont portées devant les conseils de préfecture, ce ne peut être que par une manifeste extension du texte de la loi du 28 pluviôse an VIII; extension suggérée par des motifs d'utilité pratique, qui ont amené le mutuel accord existant à cet égard entre l'administration et les entrepreneurs, mais qui ne sauraient suffire pour résoudre en droit une question de compétence.

Nonobstant ces raisons, le conseil d'État maintient invariablement sa doctrine, et n'hésite pas même à reconnaître aux conseils de préfecture seuls le droit de statuer sur les demandes en indemnité, que les entrepreneurs du service économique des maisons centrales de détention auraient à former contre l'administration, par suite de faits étrangers aux clauses du contrat, et consistant, par exemple, en actes du gouvernement, tels que le décret du 24 mars 1848, qui avait ordonné la suspension du travail dans les prisons. Il a été jugé constamment, par le conseil d'État, que les entrepreneurs, qui se plaignaient du préju-

¹ V. Conseil d'État, 15 février 1848, 21 juin et 6 décembre 1855, 27 mars 1856.

² V. notamment Conseil d'État, 27 mai 1816, 29 juin et 20 juillet 1832, 24 octobre 1834, 16 novembre 1836.

dice dont cette mesure les avait frappés, devaient porter leurs réclamations devant les conseils de préfecture¹, et qu'ils n'avaient droit à indemnité que pour le dommage direct et matériel par eux éprouvé, sans pouvoir rien prétendre à raison des bénéfices espérés dont ils étaient privés pour l'avenir². Sur ce dernier point, la jurisprudence administrative s'est montrée fidèle aux principes qu'elle ne manque jamais d'appliquer en matière d'indemnités dues aux propriétaires par l'effet des travaux publics; mais la solution qu'elle a donnée à la question de compétence demeure toujours fort contestable et très-difficile à concilier avec l'ensemble de la législation sagement entendue.

Remarquons, au surplus, qu'ici le doute ne peut exister qu'entre l'attribution aux ministres et celle aux conseils de préfecture, l'autorité judiciaire se trouvant nécessairement exclue de tous les débats soulevés à l'occasion d'un marché concernant l'État. C'est donc à tort, suivant nous, que la Cour de Paris s'est déclarée compétente pour connaître des conséquences du décret du 24 mars 1848, à l'égard des entrepreneurs du service économique des prisons³.

La compétence des conseils de préfecture une fois admise, pour statuer sur les demandes en indemnité formées par suite du décret du 24 mars 1848, il était logique de décider que le refus du ministre de l'intérieur d'accueillir une réclamation de ce genre devait être considéré comme un acte de pure administration, étranger à tout exercice de juridiction, et ne pouvait dès lors mettre obstacle à ce que l'affaire fût soumise au conseil de préfecture. Aussi est-ce dans ce sens que s'est prononcé le conseil d'État⁴, et nous pensons que la même solution devrait être suivie dans tous les cas où, relativement à un marché de travaux publics intéressant l'État, les demandes de l'entrepreneur auraient été repoussées par le ministre compétent, avant d'être déferées au conseil de préfecture. Aucune fin de non-recevoir ne saurait résulter du rejet ministériel, ce rejet ne constituant pas une décision rendue au contentieux. Nous en

¹ V. Conseil d'État, 27 février 1849, 2 avril, 21 mai et 15 juillet 1852, 2 juin 1853.

² V. Conseil d'État, 14 août 1850, 12 avril 1851, 14 mai 1852, 22 décembre 1853, 10 janvier 1856.

³ V. Paris, 18 novembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 154).

⁴ V. Conseil d'État, 29 juin 1850, 2 avril 1852.

dirions autant, par identité de raison, du refus émané du préfet ou du maire, s'il s'agissait de travaux départementaux ou communaux.

Une dernière hypothèse où les conseils de préfecture sont appelés à connaître d'un marché de fournitures, est celle prévue par le décret du 22 avril 1822. Aux termes de ce décret, qu'aucune disposition ultérieure n'a expressément ni implicitement abrogé, c'est devant les conseils de préfecture que doivent être portés les recours contre les actes par lesquels un major de régiment rejette des fournitures d'effets d'habillement, d'équipement ou de harnachement, destinés au corps dont il fait partie.

Dans toutes les circonstances où les difficultés d'exécution d'un marché de fournitures sont de la compétence administrative, il est de principe, comme à l'égard des marchés de travaux publics, que cette compétence cesse absolument en ce qui concerne les sous-traitants, dont les différends avec le fournisseur direct ne peuvent être déférés qu'aux tribunaux civils. C'est un point sur lequel la jurisprudence du conseil d'État est depuis longtemps fixée, lors même que les sous-traitants auraient formellement déclaré se soumettre à la juridiction administrative¹. Il n'y a d'exception à cette règle que pour le cas, nécessairement fort rare, où l'autorité administrative aurait été investie, par un acte souverain, du pouvoir de procéder à la liquidation entre le munitonnaire et ses ayants cause². A part cette hypothèse, dont l'intérêt pratique est presque nul, toutes les contestations relatives aux sous-traités sont exclusivement dévolues à l'autorité judiciaire.

En vertu du même principe, c'est aux tribunaux civils et non aux ministres qu'il appartient de connaître du privilège de second ordre, que le décret du 12 décembre 1806 confère aux sous-traitants sur le cautionnement des fournisseurs et sur les sommes qui peuvent leur être dues par l'administration³. Ce privilège, qui n'autorise de la part des sous-traitants aucune action directe contre l'État, doit être exercé par eux au moyen de productions devant les tribunaux civils, et d'oppositions

¹ V. notamment Conseil d'État, 18 août 1807, 22 janvier 1808, 4 juin et 29 octobre 1809, 7 août 1810, 3 octobre 1811, 17 mai 1813.

² V. Conseil d'État, 17 juillet 1822, 12 mai 1824.

³ V. Conseil d'État, 16 décembre 1830.

signifiées aux bureaux du trésor public, à Paris, et aux caisses des payeurs dans les départements ¹.

La conclusion générale à tirer de tous les développements qui précèdent, c'est que le contentieux des marchés de fournitures, entre les fournisseurs et les sous-traitants, appartient invariablement et sans réserve aux tribunaux civils, qu'il est aussi de leur compétence entre les fournisseurs et l'administration; mais seulement en principe et à moins qu'il ne s'agisse de fournitures pour les travaux publics, pour l'habillement et l'équipement d'un corps de troupe, pour l'entretien des maisons centrales de détention, ou enfin pour les services généraux des ministères. Dans chacun de ces cas, la loi et surtout la jurisprudence, qui a quelquefois dépassé le véritable esprit de la loi, ont substitué la juridiction administrative à l'autorité judiciaire. Dans les trois premiers, ce sont les conseils de préfecture; dans le quatrième, ce sont les ministres, suivant leurs attributions respectives, qui doivent remplir l'office de juges entre les contractants directs. A part ces exceptions, les tribunaux civils ont la plénitude de juridiction, en matière de marchés de fournitures, l'administration restant étrangère au débat vis-à-vis des sous-traitants, et, avec les soumissionnaires immédiats, s'y trouvant engagée comme partie privée et non comme pouvoir public.

III. *De la dette publique.* — Puisque l'État contractant est soumis, en règle générale, à l'action et au contrôle de l'autorité judiciaire, il doit en être de même de l'État débiteur ou créancier, les dettes ou créances ayant le plus souvent les contrats pour principe et pour source. C'est un point, toutefois, sur lequel les avis sont loin d'être unanimes. En ce qui concerne les créances de l'État contre des particuliers, ainsi que la manière dont il peut les acquérir ou les exercer, l'application du droit commun à son égard n'est pas contestée, et l'on admet sans difficulté qu'à moins de dérogation expresse dans les lois, il est, sous ces divers rapports, justiciable des tribunaux de l'ordre judiciaire, comme le sont, en pareil cas, les personnes privées. Mais la jurisprudence du conseil d'État tend de plus en plus à faire prévaloir la solution inverse, lorsqu'il s'agit, au lieu des créances qui peuvent appartenir à l'État, des dettes dont il

¹ V. Conseil d'État, 14 août 1852.

peut être passible. Suivant cette jurisprudence, une loi formelle serait nécessaire, non pas pour retirer, mais bien au contraire pour conférer à l'autorité judiciaire le droit de déclarer l'État débiteur, et, en l'absence de toute attribution de juridiction, soit aux tribunaux civils, soit aux conseils de préfecture, les ministres seuls auraient qualité pour constituer une dette à la charge du trésor public¹.

Ce système, que nous croyons erroné, suppose une confusion complète entre deux choses essentiellement distinctes : l'exécution contre l'État et l'acquisition d'un titre à son préjudice. Il est très-vrai qu'aucun titre, quel qu'il soit, n'emporte exécution forcée vis-à-vis de l'État, qu'aucune créance sur le trésor public n'est payable qu'après avoir été vérifiée par le ministre compétent, qui, lors même qu'elle lui paraît fondée, doit s'assurer en outre si les crédits mis à sa disposition en permettent l'acquittement. C'est en cela que consiste le pouvoir liquidateur des ministres, pouvoir dont la nécessité pour la bonne gestion des finances ne saurait être révoquée en doute, et qui est d'ailleurs formellement consacré par l'article 39 de l'ordonnance royale du 31 mai 1838, à l'exemple et en vertu d'un grand nombre de lois antérieures. Mais ni cet article ni aucun autre texte législatif ou réglementaire ne porte que les ministres ont seuls le droit de prononcer une condamnation pécuniaire à la charge de l'État.

Ce droit ne résulte pas davantage des lois qui ont établi, en France, la séparation entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, ces lois ayant fondé la distinction qu'elles prescrivent, non sur la qualité des parties en cause, mais sur la différence d'objet des contestations. C'est donc à tort que les décisions du conseil d'État citent, à l'appui de la doctrine qu'elles appliquent, la loi des 16-24 août 1790 et celle du 16 fructidor an III. Il faut toujours en venir, pour résoudre la question que nous discutons, à examiner, dans chaque cas où l'allocation d'une somme d'argent est poursuivie contre l'État, si la matière du litige, indépendamment de toute considération de personnes, rentre ou ne rentre pas dans la compétence judiciaire.

Cela posé, les principes du droit commun amènent à conclure qu'en l'absence d'un acte administratif à interpréter ou

¹ V. notamment Conseil d'État, 8 mai 1841.

d'une disposition législative contraire, les tribunaux de l'ordre judiciaire ont seuls qualité pour statuer sur les demandes purement personnelles, aussi bien contre l'État que contre les communes, les établissements publics et les simples particuliers. La persistance du conseil d'État à repousser une solution si parfaitement logique ne peut s'expliquer, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, que par l'identité, mal à propos supposée, entre le pouvoir liquidateur des ministres et le droit de déclarer l'État débiteur.

On admet d'ailleurs, sans dissidence, que l'autorité judiciaire est pleinement compétente pour prononcer une condamnation pécuniaire à la charge du trésor public, comme accessoire ou conséquence d'une décision principale que les lois l'appellent à rendre. Le conseil d'État n'hésite pas à juger qu'un tribunal civil, saisi d'une demande en revendication formée contre le domaine, a qualité pour fixer le montant des sommes qui peuvent être dues à titre de restitution de fruits¹; que le tribunal, devant lequel a été justement portée l'action en nullité d'une saisie pratiquée à la requête d'une administration publique, a droit de statuer sur les dommages-intérêts accessoirement réclamés par le demandeur². Ces solutions, qui sont fondées sur la maxime que l'accessoire suit le sort du principal, servent de correctif utile, mais insuffisant, à la jurisprudence erronée qui place toute obligation de l'État en dehors de la compétence judiciaire.

Au surplus, tout en combattant cette jurisprudence, nous reconnaissons, avec le conseil d'État, qu'aux ministres seuls appartient le droit de prononcer contre les créanciers du trésor public les déchéances qu'ils peuvent avoir encourues, aux termes des lois en vigueur. C'est là une conséquence directe et nécessaire du pouvoir liquidateur, dont les ministres ou leurs mandataires sont investis à l'exclusion de toute autre autorité administrative ou judiciaire. Il a donc été justement décidé qu'un conseil de préfecture, saisi d'une demande en indemnité pour dommages causés par des travaux publics, n'avait pu valablement statuer sur la question de savoir si l'État était fondé à opposer la déchéance, question que le ministre seul avait droit

¹ V. Conseil d'État, 13 décembre 1845.

² V. Conseil d'État, 20 avril 1847.

de résoudre¹; qu'un tribunal civil excéderait pareillement ses pouvoirs si, à l'occasion d'une liquidation de fruits, il connaissait des exceptions de déchéance dont l'État aurait à se prévaloir².

La question de compétence offre ici d'autant plus d'intérêt et de gravité, qu'elle engage souvent le fond même du droit. En effet, il est de jurisprudence constante que le créancier de l'État, qui s'adresse trop tard au ministre pour se faire payer, n'échappe pas à la déchéance par lui encourue, encore bien qu'avant l'expiration des délais prescrits il eût porté sa demande devant une juridiction incompétente, par exemple devant un conseil de préfecture ou un tribunal civil³. Il est bien vrai qu'aux termes de l'article 2246 du Code Napoléon la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription; mais on admet généralement, et suivant nous avec raison, que cette disposition ne concerne, ni dans son texte ni dans son esprit, les déchéances dont sont passibles les créanciers de l'État, faute d'avoir fait en temps utile, auprès de l'autorité ministérielle, les justifications nécessaires pour que le paiement pût avoir lieu.

L'application des lois de déchéance, aux créanciers de l'État, forme donc un des attributs essentiels et exclusifs des ministres. Ces lois s'étendent à toute espèce de créances contre l'État, quelle qu'en soit la nature ou la cause. C'est ainsi qu'elles atteignent même celles qui ont pour objet la restitution de sommes indûment perçues par le trésor public⁴, et qu'elles continuent à peser sur celles qui sont frappées d'oppositions entre les mains des comptables, lorsque ces oppositions n'ont pas été régulièrement formées⁵.

Par les mêmes raisons qui ont fait poser en principe que les ministres seuls ont qualité pour prononcer les déchéances contre les créanciers de l'État, il a été judicieusement admis qu'à eux seuls aussi appartient le droit de statuer sur toutes les questions qui se rattachent, par un lien intime et nécessaire, au pouvoir liquidateur dont ils sont investis. En conséquence, un

¹ V. Conseil d'État, 12 août 1854.

² V. Conseil d'État, 13 décembre 1845.

³ V. Conseil d'État, 23 juin 1848, 19 mai 1853.

⁴ V. Conseil d'État, 12 mars 1846, 21 janvier 1847.

⁵ V. Conseil d'État, 23 décembre 1845.

tribunal civil serait incompétent pour décider si le ministre des finances doit payer les arrérages d'une rente sur l'État, nonobstant l'opposition formée par un tiers à tout autre titre que celui de propriétaire, les questions de propriété étant les seules dont la connaissance ne puisse être enlevée par induction à l'autorité judiciaire¹. De même, un conseil de préfecture sortirait des limites de ses attributions si, dans les cas où les lois l'autorisent à déclarer l'État débiteur, il assignait un délai au trésor public pour payer les sommes mises à sa charge², ou si, après avoir déterminé la créance d'un fournisseur légalement soumis à sa juridiction, il ordonnait d'en grever le budget du département³.

Toutes ces solutions nous paraissent très-logiques et très-exactes, parce qu'elles découlent naturellement du droit que nul ne conteste aux ministres d'être seuls appelés, par eux-mêmes ou par leurs mandataires, à vérifier la dette publique et à en autoriser le paiement. Sur tous les points que nous venons de signaler, l'incompétence de l'ordre judiciaire est radicale et absolue; mais satisfaction étant ainsi donnée aux exigences du pouvoir liquidateur des ministres, il n'existe plus aucun motif de soustraire à l'empire du droit commun la question générale de savoir par qui et comment l'État peut être constitué débiteur.

IV. *Des actions en responsabilité civile contre l'administration ou ses représentants.* — C'est surtout en cette matière que le conseil d'État applique, avec une inflexible rigueur, le système par nous combattu, suivant lequel l'autorité judiciaire serait radicalement incompétente, à moins d'un texte formel qui lui en conférât le pouvoir, pour mettre une dette quelconque à la charge du trésor public. Le conseil d'État décide, en conséquence, que les tribunaux civils sont sans qualité pour statuer sur une demande en dommages-intérêts, dirigée contre l'État, soit à raison du préjudice éprouvé par l'incurie d'un de ses agents ou préposés, tel qu'un directeur d'école vétérinaire⁴, soit par suite de la mort d'un citoyen qu'aurait occasionnée un cheval de troupe⁵, soit pour réparation des dégâts commis dans

¹ V. Conseil d'État, 22 juin 1846.

² V. Conseil d'État, 30 août 1845.

³ V. Conseil d'État, 21 mai 1847.

⁴ V. Conseil d'État, 10 mars 1853.

⁵ V. Conseil d'État, 20 août 1847.

l'exécution des mesures de police et de répression, en cas de troubles publics ¹.

Toujours dans le même esprit, la jurisprudence administrative refuse absolument aux tribunaux de l'ordre judiciaire le droit de connaître des actions en dommages-intérêts qui seraient intentées contre l'administration des postes, pour le fait, de la part d'un de ses agents, ou d'avoir remis trop tard une lettre quelconque ², ou d'avoir laissé perdre une lettre recommandée ³.

La Cour de cassation ne conteste pas la compétence exclusive de l'autorité administrative pour statuer sur les cas de responsabilité civile qui lui sont expressément déferés par les lois, ou qui exigent l'interprétation d'un acte administratif; mais, en dehors de ces inconstances, elle admet et sanctionne le droit général des tribunaux judiciaires en cette matière, lors même que l'action serait dirigée contre l'État ou ses représentants. Elle juge, notamment, que c'est à ces tribunaux qu'il appartient d'apprécier les demandes en dommages-intérêts, formées contre l'administration des postes, à raison d'accidents causés par les malles-postes ⁴.

Pour faire un choix judicieux entre ces deux systèmes, il est nécessaire de séparer la question du fond d'avec celle de compétence, et de résoudre d'abord la première avant d'aborder la seconde, au lieu de les discuter confusément l'une et l'autre, selon une méthode vicieuse trop souvent suivie. En d'autres termes, on ne peut utilement rechercher quel doit être le juge des actions en responsabilité contre l'État, qu'après avoir préalablement vérifié si l'État est légalement responsable du fait de ses agents ou préposés.

En principe, d'après l'article 1384 du Code Napoléon, qui n'est que l'expression et la sanction d'une règle de justice universelle, chacun est responsable, non-seulement du dommage qu'il cause par son propre fait, mais encore de celui qui provient du fait des personnes dont il doit répondre. Les commettants, en particulier, sont expressément déclarés responsables du

¹ V. Conseil d'État, 26 mars 1850.

² V. Conseil d'État, 8 août 1844.

³ V. Conseil d'État, 9 février 1847.

⁴ V. Cassation, 30 janvier 1843 (Daloz, 1843, 1, 96); 3 juin 1843 (Daloz, 1843, 1, 421); 1^{er} avril 1845 (Daloz, 1845, 1, 261).

dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. La question se réduit donc à savoir si, par rapport aux particuliers qui peuvent avoir été lésés dans leur personne ou leurs biens, l'État doit être considéré comme le commettant des fonctionnaires et agents qu'il institue et surveille. Il serait difficile, en thèse générale, de trouver un seul argument plausible à l'appui d'une solution négative. En effet, l'État ne pourrait être affranchi de toute responsabilité vis-à-vis des sujets, qu'autant qu'on ne lui reconnaîtrait aucune obligation légale envers eux, et à eux aucun droit proprement dit à son égard, ce qui serait le terme extrême du despotisme le plus absolu, ce que tous les gouvernements civilisés considéreraient comme la plus odieuse calomnie, et ce que, depuis longtemps, personne en France n'a même la pensée de soutenir.

Mais si l'équité et la raison défendent de placer entièrement l'État en dehors du principe écrit dans l'article 1384 du Code Napoléon, on ne saurait contester que sa responsabilité n'est pas toujours engagée par le fait de ses agents ou préposés. Quel que soit le préjudice éprouvé, tout droit à indemnité cesse lorsque les lois ont limitativement énuméré les cas qui donneraient lieu à réparation civile, ou lorsque la cause du dommage est une mesure de sûreté générale, prescrite sous l'empire de circonstances exceptionnelles et urgentes.

Ainsi celui qui aurait été légalement incarcéré sous la prévention d'un crime ou d'un délit, et qu'on aurait ensuite relâché faute de preuves suffisantes ou reconnu innocent, ne serait nullement fondé à demander des dommages-intérêts à raison de la détention préventive par lui subie; car il se plaindrait d'un acte autorisé par les lois, et que l'état de l'instruction rendait peut-être indispensable pour l'exercice de la vindicte publique. Ainsi encore, l'administration des postes n'est soumise à aucune réparation civile pour perte, soustraction ou remise tardive des lettres qui lui sont confiées, lors même qu'il s'agirait de lettres *recommandées*, les lois spéciales qui la régissent, c'est-à-dire la loi du 24 juillet 1793, article 38, et celle du 5 nivôse an V, article 14, ne la déclarant responsable qu'autant que les lettres ont été *chargées*, et limitant, dans ce cas, sa responsabilité au paiement d'une somme de 50 francs pour chaque lettre perdue ou soustraite. Enfin, aucune indemnité n'est due à raison des préjudices aux personnes ou des dommages aux biens, qui

pourraient résulter des mesures prescrites pour circonscrire le foyer d'un incendie, pour arrêter les progrès d'une inondation ou pour réprimer une émeute. Dans ces circonstances et autres semblables, la grande loi du salut commun justifie pleinement, sans qu'il soit besoin de les payer, les sacrifices imposés aux intérêts privés.

Par une application moins directe, mais également juste à notre avis, de cette loi du salut commun, le conseil d'État, après quelques hésitations, a été conduit à décider que les dégâts commis dans l'exécution d'un ordre ministériel, pris d'urgence pour empêcher la publication d'un journal, ne pouvaient donner lieu à une action en indemnité, susceptible d'être suivie par la voie contentieuse, lors même que le plaignant ne se serait rendu coupable d'aucune résistance aux injonctions de l'autorité¹.

Dans tous les cas que nous venons de signaler, les parties lésées, qui croient avoir des dédommagements à demander, doivent les solliciter à titre de faveur et non les réclamer comme un droit. La voie gracieuse est donc la seule qui leur soit ouverte, et le conseil d'État aurait dû invariablement déclarer que tout recours contentieux leur était fermé, au lieu de se borner, comme il l'a fait souvent, à exclure l'autorité judiciaire de la connaissance de pareilles réclamations.

Mais, à part ces circonstances exceptionnelles où, soit les dispositions de loi, soit les exigences de la sûreté publique, suppriment tout droit à indemnité, on est fondé à soutenir que l'État doit être considéré comme civilement responsable des dommages causés par le fait de ses agents ou préposés.

Cette première question résolue, celle de savoir quel est le juge compétent pour statuer sur les demandes en dommages-intérêts formées contre l'État, semble devoir être exclusivement décidée par l'application des règles du droit commun. Comme nous l'avons démontré, la prétendue maxime suivant laquelle, sauf dérogation expresse, il n'appartiendrait qu'à l'autorité administrative de déclarer l'État débiteur, non-seulement n'est écrite dans aucune loi, mais est même inconciliable avec l'esprit général de la législation, et ne repose que sur une abusive extension donnée au pouvoir liquidateur des ministres. La dif-

¹ V. Conseil d'État, 5 janvier 1855, 10 janvier 1856.

ficulté se trouve ainsi ramenée à des termes fort simples, et la solution n'en peut être demandée qu'aux principes fondamentaux sur la distinction entre le contentieux judiciaire et le contentieux administratif.

En vertu de ces principes, c'est devant les tribunaux de l'ordre judiciaire que devra être poursuivie la responsabilité civile de l'État, à moins que les lois n'en aient autrement disposé, ou que la décision à rendre n'exige l'interprétation d'un acte administratif. Nous adhérons par conséquent à la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce qui concerne les accidents causés par les malles-postes, et nous pensons qu'elle devrait être étendue à tous les cas analogues.

Au surplus, quelle que soit l'opinion à laquelle on s'arrête touchant l'autorité compétente pour connaître des actions en indemnité dirigées contre l'État, il est unanimement admis que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls appelés à statuer sur la demande formée contre l'agent ou préposé lui-même, sauf l'autorisation préalable du gouvernement prescrite par l'article 75 de la constitution de l'an VIII. Le conseil d'État a formellement reconnu l'exactitude de cette doctrine¹, et elle ne pourrait être mise en doute qu'au mépris du texte très-précis et très-clair de la disposition précitée. Il n'existe non plus aucune divergence pour refuser aux conseils de préfecture, hors des circonstances où les lois le leur ont expressément conféré, le pouvoir d'apprécier les cas de responsabilité civile qui seraient de nature à peser sur le trésor public².

Enfin, si les dommages-intérêts, au lieu d'être poursuivis contre l'État, l'étaient contre un établissement public ou une commune, la demande serait incontestablement du ressort de l'autorité judiciaire, à moins d'attribution contraire de la part du législateur. La loi du 10 vendémiaire an IV, sur la responsabilité des communes, en déférant aux tribunaux civils la connaissance des actions qu'elle autorise, n'a fait qu'appliquer un principe général et de droit commun, qui, à défaut de disposition expresse, eût conduit exactement au même résultat. C'est en vertu de ce principe que les compagnies de chemins de fer sont invariablement assignées devant la juridiction judiciaire pour

¹ V. Conseil d'État, 6 décembre 1855.

² V. Conseil d'État, 29 mars 1853.

y répondre des accidents survenus sur leurs lignes en exploitation, sans qu'elles aient jamais songé à décliner la compétence de cette juridiction.

Aucune de ces solutions ne donne lieu au moindre dissentiment, mais la controverse n'en est pas moins vive sur la question que nous avons précédemment discutée et résolue. En décidant avec la Cour de cassation, et contrairement au conseil d'État, que les tribunaux judiciaires ont qualité pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre l'État lui-même, nous avons eu soin de réserver les cas où il aurait été fait attribution expresse, soit aux ministres, soit à quelque autre juridiction administrative.

Parmi ces cas, le plus important de beaucoup, par la fréquence de ses applications et par l'étendue des intérêts qu'il concerne, est celui prévu par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Aux termes de cet article, sainement entendu, toute action en responsabilité, à raison de l'exécution des travaux publics, est de la compétence exclusive des conseils de préfecture, sans qu'il faille distinguer entre le préjudice aux personnes et le dommage aux biens, entre les demandes formées contre l'administration et celles dirigées contre les entrepreneurs ou concessionnaires. Cette règle ne fléchit même pas devant le haut intérêt de l'unité de juridiction. En conséquence, si une action en indemnité contre l'administration ou les entrepreneurs avait été portée devant un tribunal de l'ordre judiciaire, accessoirement à une instance correctionnelle engagée contre les ouvriers ou préposés, le tribunal saisi ne pourrait retenir la cause vis-à-vis de l'administration ou des entrepreneurs, sous prétexte que le dommage allégué aurait été la suite des délits commis par les ouvriers ou préposés. Lors même que cette assertion serait fondée, il en résulterait seulement que l'instance correctionnelle aurait cours contre les auteurs des faits incriminés; mais la demande en responsabilité civile contre l'administration ou les entrepreneurs n'en devrait pas moins être disjointe de l'action principale, pour laisser aux conseils de préfecture le plein exercice de leur prérogative¹.

Toutefois, la compétence administrative, en ce qui concerne les entrepreneurs ou concessionnaires, est essentiellement sub-

¹ V. tribunal des conflits, 30 mai 1850, 17 avril 1851.

ordonnée à la condition qu'ils aient agi comme représentants de l'administration, et pour obéir à ses injonctions. C'est donc devant les tribunaux judiciaires que devrait être portée la demande en indemnité, formée contre un entrepreneur de travaux publics, à raison de la mort d'une personne qu'aurait tuée l'explosion d'une mine employée, non pour exécuter les travaux, mais pour extraire des matériaux destinés à leur exécution, si aucun acte émané de l'administration n'avait prescrit ou autorisé ce mode d'extraction¹. Il en serait de même de l'action en dommages-intérêts, à laquelle donnerait lieu, contre l'entrepreneur, la mort d'une personne tuée par la faute d'un préposé en contravention aux règlements sur la conduite des voitures, un fait de ce genre ne pouvant être considéré comme ayant eu pour objet l'exécution des travaux².

Par suite des mêmes principes, il a été jugé que l'autorité judiciaire était seule appelée à statuer sur les dommages-intérêts réclamés accessoirement à une poursuite de simple police, contre le concessionnaire d'un pont, à raison du préjudice éprouvé par le défaut de réparation ou d'entretien de ce pont, la compétence des conseils de préfecture, pour les dommages procédant du fait des entrepreneurs de travaux publics, étant fondée, non-seulement sur la qualité d'entrepreneur, mais, en outre, sur l'existence d'un acte administratif auquel la plainte de la partie lésée serait susceptible de porter atteinte³.

Une autre cause de diversité d'attribution, en matière de travaux publics, est la distinction si connue et si exacte entre les actes administratifs à interpréter et ceux dont l'exécution seule est en cause. En vertu de cette distinction, les conseils de préfecture sont compétents pour apprécier une action en dommages-intérêts, formée par des entrepreneurs de voitures publiques contre une compagnie de chemin de fer, à raison de l'établissement de tarifs différentiels, lorsque ces tarifs sont autorisés par les cahiers des charges⁴; mais, au contraire, il n'appartient qu'aux tribunaux civils de connaître des demandes en indemnité dont une compagnie de chemin de fer peut être l'objet,

¹ V. tribunal des conflits, 2 et 29 juillet 1851.

² V. Conseil d'État, 23 juin 1848.

³ V. Cassation, 16 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 350).

⁴ V. Conseil d'État, 21 avril 1853.

pour violation manifeste des obligations que lui impose son cahier des charges vis-à-vis du public¹.

Enfin, il importe de constater que la loi du 28 pluviôse an VIII, en déférant aux conseils de préfecture l'appréciation des dommages procédant du fait des entrepreneurs de travaux publics, a exclusivement prévu le cas où l'action serait intentée par des tiers. Si c'était un ouvrier ou préposé qui réclamât une indemnité, à raison de blessures qu'il aurait reçues dans l'exécution des travaux, sa demande devrait incontestablement être portée devant les tribunaux judiciaires, seuls compétents pour statuer sur la mesure et les effets de la responsabilité d'un patron envers ses employés².

Nous avons essayé de ramener à un petit nombre de principes clairs et précis les décisions si multipliées et quelquefois si disparates, qui se trouvent éparses dans les recueils de jurisprudence, sur la question complexe que nous venons d'étudier. Ces principes ont tous un point de départ commun, et nous croyons pouvoir les résumer avec exactitude en une seule règle qui serait ainsi conçue :

En matière de contrats, de dettes ou créances publiques et de responsabilité civile, la compétence judiciaire est de droit, même contre l'État, à moins de dérogation expresse dans les lois.

Le conseil d'État, il est vrai, fait exception à cette règle en ce qui touche la dette publique nationale ; mais la Cour de cassation l'applique sans distinction ni réserve, et en admet invariablement toutes les conséquences. Il faut opter entre ces deux jurisprudences, et, comme nous l'avons démontré, c'est à celle de l'ordre judiciaire que, sur ce point, les principes commandent de se ranger.

L. CABANTOUS.

¹ V. tribunal des conflits, 3 janvier 1851.

² V. Conseil d'État, 11 décembre 1856.

DE LA LETTRE DES LOIS

OU

DE LA CODIFICATION ET DE LA RÉDACTION RATIONNELLES DES LOIS.

Par M. Gustave ROUSSET, ancien magistrat.

DEUXIÈME PARTIE. — Suite 1.

TITRE II. — *Principes de la rédaction et de la codification rationnelles des lois.*

CHAPITRE I.

DU DROIT ET DE LA LOI AU POINT DE VUE HISTORIQUE.

19. L'étude de l'idée du *Droit* doit précéder logiquement celle de l'idée de la *loi*.
20. Notions fausses sur le droit. — Nécessité de les rectifier et de fixer sur ce point la portée des mots. Les expressions de *droit* et de *loi* ont des sens divers qui paraissent se rattacher aux mouvements politiques des États, ainsi qu'à la transformation du langage. — C'est donc par la philologie et l'histoire qu'il convient de commencer l'étude du droit et de la loi.
21. TROIS ÉPOQUES sont à considérer dans l'histoire : *L'époque religieuse* ou du *sentiment*; *l'époque héroïque* ou de la *liberté*, et *l'époque de la Raison*. — A chacune de ces époques correspond une forme particulière de langage législatif.
22. I^{re} ÉPOQUE : — La Religion se confond avec la législation. — *Droit théocratique* : — origine divine du droit et de la loi. — *Jus, Zeus, Jehovah*. — Forme poétique de rédaction des lois. — Loi, *lex*, vient de *legere*. — Formule préceptive, *Præcipio*.
23. Période de transition. — Séparation de la Religion et de l'État.
24. II^e ÉPOQUE : — Lutttes de l'*autorité* et de la *liberté*. — I^{re} Phase : L'*autorité* triomphe. — Droit autocratique et aristocratique. — Sens impératif du droit et de la loi. — *Jus* vient de *jubern*, *lex* de *ligare*. Formule impérative : *jubemus, volumus*. — II^e Phase : La *liberté* l'emporte; — expression impersonnelle et générale du droit et de la loi. — Formule prohibitive : *nemini licet*. — La loi est alors un lien d'union, une règle, *norma*, νόμος, d'où ὅμος, égalité, légalité. — III^e Phase : Fusion constitutionnelle de l'*autorité* et de la *liberté*. — *Droit* vient de *dirigere, directum, rectum*, en allemand *recht*. — *Lex* vient de *eligere*.
25. III^e ÉPOQUE : — Époque rationnelle; résumé, conclusion, définition historique de la loi.

19. Il ne faut confondre le DROIT ni avec la LÉGISLATION ni avec la JURISPRUDENCE ², nous l'avons dit (n° 15).

¹ V. les tomes IX, X et XI.

² Le mot *droit* ne doit pas être entendu ici comme science du droit, mais seulement dans le sens de l'objet même de cette science.

Le droit est à la législation ce que la pensée est à la parole ; elle en est la figure, le verbe, le style, mais elle ne le constitue pas. — La jurisprudence en est ensuite comme le geste et l'action, elle applique la législation.

Toutefois, avant de se manifester par des formules positives, le droit réalise d'abord par les mœurs ses formes innées. — C'est là un fait que l'histoire atteste et qui suffit à la philosophie pour découvrir dans la nature humaine la source féconde de justice, dont la coutume creuse peu à peu le premier lit¹.

Le sentiment du droit, dans l'homme comme dans la conscience des peuples, a nécessairement précédé le sentiment de la loi. — Ils ont su qu'ils avaient le droit d'être, de penser, d'aller et de venir, bien avant de connaître LA LOI de leur origine, de leur destinée et les règles de leur liberté. — Il est en conséquence dans l'ordre rationnel de la pensée de procéder d'après l'ordre des choses, et d'aborder l'analyse et l'étude du droit objectif, comme disent les docteurs d'outre-Rhin, avant de rechercher quelles sont la nature et les conditions de son organe, la loi.

20. On se fait une idée vague et incomplète du droit en lui-même, lorsqu'on le définit, avec Paul, ce qui est toujours juste et bon, *quod semper æquum et bonum est*, ou, suivant Ulpien, — *ars æqui et boni*, l'art du bon et de l'équité.

Montesquieu n'en donne pas une notion plus exacte par cette phrase : « Le droit est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre. »

Bossuet n'est pas à son tour plus précis lorsqu'il affirme que « le droit n'est autre que la raison même et la raison la plus certaine, puisque c'est la raison reconnue par le consentement de tous. »

Dire ensuite avec Mirabeau : « Le droit est le souverain du monde ; » — ou, avec certains jurisconsultes : — « le droit est l'expression de la raison dans les rapports humains, » ou « le droit est ce qui est prescrit par l'autorité législative, *quod jussum est*, la création de la loi², » ou, d'une manière plus

¹ V. Ahrens, *Cours de droit naturel*, p. 212, sur l'introduction de la coutume comme expression première du droit.

² C'est pour n'être pas sans doute remonté à l'idée première du droit et des droits que Jérémie Bentham a défini la loi : « la volonté du législateur, » et qu'il a été amené à considérer le droit comme une concession et une créa-

abstraite : — « le *droit* est la conception de la raison humaine, » déduite d'un rapport d'homme à homme, dans lequel l'un a la » faculté d'exiger de l'autre une action ou une omission ¹, » c'est tantôt prendre le *fait* pour le *droit*, le droit pour sa forme, et confondre tantôt dans des généralités obscures, incomplètes ou métaphoriques, les idées cependant bien distinctes de *loi*, d'*obligation*, de *justice* et de *droit*.

La rédaction et la codification rationnelles des différents actes législatifs étant forcément fondées sur la nature même du droit et de la loi, il est indispensable de rectifier les notions fausses qui se sont vulgarisées à ce sujet, et de bien fixer la portée des termes qui leur sont consacrés, afin de déterminer avec le plus d'exactitude possible les principes par lesquels nous avons à édifier et à justifier notre méthode et notre théorie.

Les expressions de *droit* et de *loi* ont en effet des sens divers, qui paraissent se rattacher aux progrès de l'esprit humain et s'expliquer par les améliorations qui ont successivement modifié la forme sociale des États et du langage.

On a dit des *langues* et du *droit* qu'ils avaient une aptitude merveilleuse pour refléter la civilisation des peuples et recevoir l'empreinte de leur génie. — La *langue du droit* devait naturellement, à ce double titre, s'identifier à leurs transformations

tion de la *loi* conférant certains avantages à celui qui en jouit. — « Le droit proprement dit n'est, selon lui, que la *créature* de la loi proprement dite; les lois réelles donnent, dit-il, naissance aux droits réels. » Et plus loin : « Les droits sont les enfants de la loi. » (V. *Traité de législation civile et pénale*, édit. 1840, p. 47, 57, 288.) — Donc point de droit, point de propriété, point d'obligations antérieures à la déclaration de la loi. — La vie, la liberté, la famille, la pensée ne sont des droits qu'en vertu de la loi. — Le législateur positif de Bentham a donc créé la nature? •

On a peine à s'expliquer cette erreur du grand publiciste, — erreur dangereuse; — car du *droit-volonté* du législateur au *droit-caprice* du monarque il n'y a plus, avec une pareille théorie, que l'épaisseur d'une facile conclusion. — C'est la doctrine du matérialisme couronné que professe ainsi le chef de l'école utilitaire, Hobbes n'a jamais été si loin dans sa justification du despotisme. — Bentham s'est donc trompé et grandement trompé; son intelligence a failli sur les hauteurs trop absolues du système de l'utilité : — aussi la conscience humaine a-t-elle énergiquement repoussé cette opinion, qui tendait à substituer l'arbitraire à la justice. — Tout le monde est aujourd'hui d'accord sur ce point.

¹ M. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, p. 7.

et nous en conserver les traces. — C'est ce qui est toujours et partout arrivé.

Grâce donc à la constitution intime de certaines expressions juridiques, nous pouvons encore aujourd'hui obtenir de larges révélations sur le monde antique, et surprendre l'idée primitive du droit, ainsi que les principes de sa rédaction originaire, à travers les mystérieux demi-jours de son histoire fabuleuse.

C'est en conséquence à la philologie, cette science nouvelle de la tradition, que nous allons d'abord nous confier pour remonter à la naissance du droit, comprendre et suivre son épanouissement progressif, et assister à la génération de la Loi sociale.

Cette digression épisodique ne sera pas, nous le croyons du moins, sans importance, puisque l'étude des altérations *historiques* des termes mêmes dont nous avons tant à nous servir aura ce double et précieux avantage de faire connaître l'évolution des idées juridiques, les modifications correspondantes de leurs formes, et de nous expliquer ainsi les formules variées, suivant lesquelles la *loi*, par sa rédaction, répondait à diverses époques à la nature des pouvoirs, du but social, et à l'état du peuple qui le réalisait. — Nous savons, d'ailleurs, que les données de la philologie et de l'histoire précèdent et préparent toujours d'une manière utile les investigations de la philosophie et les solutions de la jurisprudence.

21. L'esprit d'un siècle, son influence sur la civilisation s'exprimant par les tendances et les facultés dominantes de la nation qui le caractérise le mieux ; — les sociétés subissant d'autre part les lois générales des activités qui les constituent, et ses progrès, celles qui gouvernent le développement même de nos facultés, puisqu'ils sont le résultat de ce développement considéré en même temps dans tous les membres de l'association, — Il suit que l'on peut, sans forcer la signification et la portée du mouvement historique, distinguer dans la vie des peuples, comme dans celle des individus, *trois Époques* marquées par l'influence prédominante de l'une des facultés de l'esprit humain ; — savoir : — l'époque religieuse ou du SENTIMENT, — l'époque héroïque ou de la LIBERTÉ, — et l'époque constitutionnelle ou de la RAISON ¹.

¹ « Quelle que soit la manière de compter les époques dont se compose l'âge du monde, dit M. Chassan dans la *Symbolique du droit*, introd., p. 1,

A ces trois époques, qui se sont manifestées d'une manière plus ou moins saillante dans l'histoire politique de presque toutes les nations, correspondent, dans leur histoire juridique, trois modes particuliers de rédaction législative : — la forme *poétique*, — la forme *libre* — et la forme *rationnelle*¹.

Les institutions nous ont conservé les empreintes des unes et des autres, et le langage, ce grand témoin des premiers temps du monde, en porte encore des traces visibles dans ces mots qui sont à la base de toutes les sociétés, le *droit* et la *loi*. — L'étude rapide de leur transformation divisera donc ce chapitre en trois parties correspondantes aux trois époques que nous venons de signaler.

I. — PREMIÈRE ÉPOQUE. — *Époque religieuse ou du sentiment.*

22. A l'origine, les sociétés sont instinctives et religieuses : — la foi est dans tous les cœurs, la bonne foi dans toutes les bouches.

L'État est une famille : — c'est la tribu du cèdre antique.

» qu'on les appelle *âge divin*, *âge héroïque*, *âge humain*, avec Vico et les
 » anciens Égyptiens; qu'on les nomme *règnes des familles du ciel*, *des fa-*
 » *milles de la terre* et des familles des hommes, comme font les Chinois; —
 » ou qu'on préfère le système de Varron, et qu'on donne avec lui à ces pé-
 » riodes les noms de *temps obscurs*, *temps incertains ou fabuleux* et *temps*
 » *historiques*, la science s'accorde à reconnaître trois grandes époques qui
 » servent à diviser l'âge du monde. »

Il m'a paru plus rationnel de considérer le mouvement de la vie des peuples d'un point de vue unique, de fondre leur histoire particulière dans une synthèse historique supérieure, afin d'en dégager l'histoire même de l'humanité; de ne voir, avec Condorcet, les nations que comme des hommes agrandis sur des proportions indéfinies d'action et de durée; — de rapporter les progrès des sociétés aux progrès individuels des activités qui le composent, et de ne reconnaître les degrés de la civilisation que dans l'élévation successive du niveau moyen des facultés intellectuelles de la masse, en d'autres termes dans la réalisation politique et économique du *moi social* au triple point de vue du sentiment, de la liberté et de la raison. — C'est ainsi que, pour se rapprocher un peu plus de la réalité des choses, notre système change de nom, mais ne contredit en rien les divisions antérieures des âges du monde; elle les explique même, car l'époque fabuleuse et incertaine n'est autre que la période du *sentiment*; l'âge *héroïque*, celle où la volonté du peuple s'individualise par la *liberté*, et l'âge *humain*, l'époque où domine la faculté distinctive de l'*humanité*, la *raison*.

¹ A ces trois époques correspondent, suivant Vico, trois modes de langage : le langage *hiéroglyphique*, le langage *symbolique*, et le langage *vulgaire* ou *humain*.

L'esprit cherche et croit ; — il croit le prêtre qui lui montre le ciel ; — il cherche et croit avec le patriarche qui lui montre et cultive la terre.

Des liens sociaux le plus fort est à ce moment la RELIGION, la crainte et la vénération du Seigneur, dont la foudre ébranle l'espace, le culte du Dieu créateur, dont le soleil féconde les sillons et remplit de fleurs et de fruits *la grande forêt de la terre*. — Si avant d'avoir la conscience du droit l'homme a senti sa force, il a néanmoins incliné cette force devant la majesté de celui qui réunissait en lui la sagesse et la toute-puissance.

Le droit, comme idée de justice et de morale, se confondait alors et nécessairement avec le respect de l'Être qui en résumait l'expression la plus élevée. — *Omnis potestas a Deo* : le droit vient de la divinité ; le prêtre est le premier législateur ; il est le porte-voix de la raison suprême, le porte-sceptre du pouvoir supérieur ; il est roi. — Le gouvernement sacerdotal impliquait la *loi théocratique* des oracles.

Tout s'enchaîne dans la mystérieuse logique des évolutions de l'esprit humain : — à la raison, le vrai ; — à l'imagination, les fictions et les *images*.

Dans cet âge d'ignorance, où la foi et l'*imagination* dominaient l'intelligence¹, on ne pouvait donc parler à l'esprit que le langage de l'*imagination*. De là les symboles, les mythes, les mystères, les idoles et tout l'attirail hiératique des cultes primitifs.

Au droit divin du gouvernement théocratique il fallait un verbe assorti ; — au prêtre inspiré par *les dieux* ne pouvait dès lors convenir le verbe des hommes, il fallait la *langue des dieux*, et la poésie récita les préceptes sacrés dans un chant qui charma l'oreille des peuples et calma leurs sauvages passions. — Orphée, Linus, Amphion, Musée, types harmonieux du lyrisme théologien, adoucissent les mœurs des Grecs, Apollon enchante l'Égypte. — Poème nécessaire, *carmen necessarium*, la loi c'est la lyre, suivant l'heureuse expression de Vico², la lyre de la civilisation aux accords de laquelle les

¹ « L'imagination est d'autant plus vigoureuse que le raisonnement est plus faible. » (Vico, *Science nouvelle*, éléments, XXXV.)

² La legge restò a' poeti definita *lyra regnorum*, la *lyra* significata la *legge*.
« La loi est la lyre qui civilise, » dit M. Ballanche. — V. sur la poétique du

masses se mouvaient et bâtissaient des villes ¹. — Le législateur est un dieu-poète.

L'amour du merveilleux, une superstition instinctive, une croyance irréfléchie, une crainte ou un respect aveugle du pouvoir, tels sont les caractères dominants de cette période incertaine et pieuse. — C'est le règne *des familles du ciel*, l'âge d'or, des révélations et des fables, c'est bien l'époque du *sentiment*.

Le droit, nous venons de le dire, est *donné* de haut; — la religion l'enserme et l'absorbe à son profit, et leur confusion est telle que les dogmes religieux étant la base même de l'ordre politique, les préceptes des lévites deviennent la loi de la cité ².

Les conséquences de cet état de choses sont faciles à deviner sur le style des lois.

La formule sacramentelle d'un verbe divin est de sa nature éminemment sententieuse et impérative. — Aussi les législateurs de ces temps fabuleux ne suivant d'autres règles, pour la rédaction des ordres sacrés, que celles de l'inspiration du tré-pied, manifestent-ils les *sentences impératives* du droit sous des formes symboliques et des expressions poétiques ³.

JUS, le droit, est alors seulement ce qui est *ordonné*, juste ou injuste, par celui qui *ordonne* et qui peut dire JUS-SUM *quoad sum*, j'ordonne parce que je suis le DROIT. — C'est là son expression religieuse, sur l'arrière-plan de laquelle on entrevoit la figure mystérieuse de la raison supérieure du Jus absolu, *Jous, Zeus, Jeo-wah, DIEU* ⁴!

droit et la poésie législative, la *Symbolique du droit*, par M. Chassan, introd., p. x et suiv.

¹ Aux accords d'Amphion les pierres se mouvaient,
Et sur les murs thébains en ordre s'élevaient,

a dit le poète. Symbole qui indique, suivant Vico, que les peuples, grossiers comme des pierres, construisirent des villes. (*Science nouvelle*)

² Le peuple hébreu et le peuple égyptien montrent dans leur histoire le type du droit théocratique; son identité avec la religion s'y manifeste à chacun de ses développements. — Il en a été de même des Assyriens, des Chinois et des Indous.

³ Sur l'*allitération*, la *tautologie*, la *mesure* et l'*assonance*, formes poétiques dont on retrouve encore de nombreuses traces dans les lois modernes, V. Chassan, *loc. cit.*, p. xxiii, où sont mentionnés plusieurs exemples du style rythmé des lois anciennes.

⁴ Le rapport phonétique des sons dans les expressions *jus, zeus*, prononcez *jous*, que Vico a été un des premiers à remarquer, semble traduire le rapport métaphysique des idées et indiquer l'origine divine du droit. *Je-owah*, —

Ce *Jus* ne discute pas ; il dit, il ordonne. — C'est la statue inflexible de la sagesse antique, qui, sortie du cerveau de la Divinité tout armée du verbe *jussum*, commande et se fait obéir. — Il ordonne en *précepte*, il dit *Præcipio*, et l'homme prosterné cesse de raisonner, car il a entendu la parole par excellence λόγος, *ita lex esto.* — Telle est la LOI.

Précepte poétique et divin, qui n'a besoin que d'être lu pour être suivi, la loi, *lex*, paraît venir alors de *legere*, lire; c'est en effet ce qui se lit sur les murs sacrés, où les peuples viennent épeler leurs droits, apprendre à connaître leurs devoirs et la religion de leurs pères. — C'est le *carmen necessarium* qui peu à peu, de la lyre d'ivoire ou d'écaïlle, est venu se fixer sur les tables d'airain pour instruire et commander les nations de l'avenir.

23. L'initiation se fait : — Après avoir lu dans le livre des lois, l'esprit humain a fini par savoir lire dans le livre de la raison; — *il se connaît*¹. — A travers l'allégorie et les symboles, il pressent la vérité, un vent de progrès déchire le voile, l'homme libre se lève, la politique s'affranchissant du droit théocratique dégage le droit de la cité, et le ROI, oint du Seigneur et de l'adhésion populaire, s'assied à côté du prêtre. — La religion et l'État se trouvent à jamais séparés.

La société désormais portera sur deux colonnes; — mais elle n'est pourtant qu'émancipée, son indépendance n'est pas complète. — *Minos* s'inspire encore de *Jupiter* qu'il va trouver dans son antre; — *Lycurgue* attribue ses lois à *Apollon*; — *Romulus* consulte le dieu *Consus*, et *Numa* la nymphe *Égérie*. — La loi vient toujours des dieux : — *Zeus, Jus*, le droit n'a fait que changer d'interprètes.

C'est là une période de transition, pendant laquelle le peuple élaborera sa liberté. — Encore quelques siècles, et la royauté, se poussant au despotisme dans un mouvement de caprice, fera

ze-eus, — *j-us*, ont la même caractéristique *J* et *E*. — Ce radical apparaît aussi dans les mots qui expriment la personnalité : *ego*, je; — *I-ah*, l'être, en hébreu; — *ει-μι* en grec, comme pour montrer que le droit, l'être et la personnalité ont une source commune.

¹ Le γνῶσις σεαυτῶν fut une maxime politique autant que de philosophie; Socrate en fit le fondement de sa doctrine, mais elle est attribuée à Solon, et le peuple d'Athènes l'avait considérée comme un moyen de civilisation tel, qu'il l'avait fait inscrire dans tous les lieux publics comme un enseignement national.

éclater sous ses abus et ses violences le sentiment d'un droit supérieur, — le droit vague d'abord de la SOUVERAINETÉ NATIONALE.

II. — DEUXIÈME ÉPOQUE DU DROIT. — *Époque héroïque ou de la liberté.*

24. Ici commence la deuxième époque. — Les nations comme les personnes s'affirment et s'individualisent par des actes d'indépendance et de contradiction.

Les pouvoirs oppresseurs vérifiés, discutés et combattus, ont disparu devant la vague populaire, le droit revient à sa source. — Chacun a enfin compris que la loi et la justice avaient une origine supérieure à la volonté du prince, et qu'ils devaient avoir des ministres moins aveugles que des gardes ou ses favoris ; — que le but social était plus élevé que le bon plaisir d'un monarque ou les sacrifices ridicules au pied d'une idole, et la société à genoux et courbée sous la superstition et le glaive, se relève et s'ouvre une période héroïque et brillante comme la liberté.

Debout pour toujours, confiante dans l'avenir qu'elle pressent, dans le ciel qu'elle invoque, la NATION pense, elle veut ; — elle veut agir, marcher droit, et réaliser le but mystérieux dont la puissance encore inconnue la sollicite et l'appelle.

Plusieurs voies s'ouvrent devant ses pas incertains, elle hésite ; — quelle est la sienne ?

D'abord elle écoute l'esprit des conquêtes et des découvertes ; elle demande de nouvelles terres et de nouveaux peuples à subjuguier. — Puissante, elle veut agrandir son empire. Forte, elle cherche à s'éprouver par la résistance de la nature et des hommes, elle a besoin de luttés et de triomphes. — Les héros précéderont les citoyens.

Alors comme la Force est tout, le droit repose sur l'union, parce que l'union fait la force. — Le peuple est militaire, les mœurs sont violentes, le langage est rude, la raison d'État et la défense nationale sont les seules et suprêmes lois.

La liberté est bien le caractère dominant de cette époque énergique et tourmentée, mais comme l'esprit de l'Écriture elle flotte invisible et souffle sur les événements... *spiritus Dei ferebatur super aquas...* Aussi n'est-ce que par la contradiction et la réaction qu'à tous les degrés elle s'affirme. — Suivez dans l'histoire les résultats de son développement, les institutions les plus opposées se rencontrent dans la politique : l'affranchis-

sement et la servitude, — la *dictature* et la *démocratie*, — les *patriciens* et la *plèbe*. — Le chaos en ébullition se prépare à la lumière.

La liberté n'est qu'un principe de *mouvement*. A la société qui *veut vivre*, se développer et marcher, il faut plus : — il faut un ORDRE et une DIRECTION.

Dès que les nations comprennent cette nécessité, leur existence entre dans une nouvelle phase, et en présence de la LIBERTÉ, qui les agite et les pousse en avant, se pose pour les contenir et les diriger le principe de l'ORDRE par l'AUTORITÉ.

Ces deux principes entrent immédiatement en lutte, et, aussitôt exagérés et déviés que reconnus, ils deviennent chacun le drapeau d'un parti. — Sous des noms nouveaux on cache des ambitions vaincues, on dissimule ici des regrets impies, là des espérances coupables, et les habitudes reçues s'insurgent contre les tendances. — Le combat, pour être porté sur un autre terrain, se livre entre les mêmes adversaires et les mêmes prétentions ; c'est encore et toujours la souveraineté d'un *seul*, qui se dit l'AUTORITÉ, contre la souveraineté de *tous*, qui *veut* et ne *peut* faire l'ORDRE.

La *liberté* est bien à la base dans tous les cœurs et dans toutes les têtes, mais déréglée, violente, haineuse.

L'*autorité* est parfois au faite, mais capricieuse et arbitraire.

L'esprit humain semble être au pillage des passions les plus contradictoires. — Les idées générales de DROIT et de JUSTICE varient même suivant le triomphe des partis ; car de quelque côté que se tourne la victoire, dans ces débats trop souvent ensanglantés, le vainqueur a presque toujours abusé de sa fortune. — Ninive, Babylone, Thèbes, Rome, Athènes, Florence, Venise, dites-nous vos agitations et vos colères, comptez-nous vos siècles de gloire et de honte ; vos destins se sont accomplis, votre abaissement a racheté votre prospérité ! — De votre héroïsme, il ne reste que des ruines ; de votre histoire, qu'un souvenir confus ! Et cependant quel peuple n'envie pas le bruit de vos forums, les tempêtes de vos agoras, les fureurs même de vos guerres intestines ? Ne leur devons-nous pas ce que nous sommes ? N'êtes-vous pas les enseignements de l'avenir ? et n'avez-vous pas été à notre insu les moyens et comme les couches premières de notre civilisation ? — Vos déchirements ont préparé les progrès de l'humanité.

Ne détournons pas de sitôt les yeux du spectacle orageux que présente l'histoire de cette époque bouleversée.

Au plus audacieux, au plus riche, au plus corrompu le pouvoir qu'Alexandre léguait au plus digne ! A l'armée l'empire ; — la garde prétorienne met aux enchères la couronne de Vitellius, — le peuple envahit les Césars, la populace envahit le peuple, le sénat s'achète et trahit, le prêtre se rit des *dieux qui s'en vont* pour mieux adorer les baladins qui viennent ¹ ; les cruautés d'un moment de tyrannie répondent aux excès de l'anarchie de l'autre, la démente est en haut, la dépravation en bas, le trouble partout. — Au milieu de toutes ces hontes et de ces désolations, que devenaient les sacro-saintes idées de *justice* et de *droit*? que pouvait être la LOI?

I.

L'AUTORITÉ *absolue* l'emporte-t-elle? Jus, le droit est ce qui est ordonné, juste ou non ; c'est le *jus-sum quoad sum* dans la bouche du prince.

Le despotisme n'ayant d'autres règles à suivre que son caprice, l'expression de ses commandements sera naturellement hautaine, *impérieuse* comme la domination. — Pour qui triomphe, il n'y a qu'une loi, la loi du vainqueur, d'autre droit que celui de la force ; — le bon plaisir qui parle dira donc *sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas!* — nous voulons, nous ordonnons ! — La loi n'est plus ici le *précepte* des murs sacrés qu'il suffisait de lire, et auquel on obéissait avec amour ; c'est un *ordre* appuyé sur le glaive, on le subit, car le *droit-Zeus* n'est plus avec lui ; — au verbe adoré s'est substitué une parole odieuse.

Pendant cette période on ne *lit* pas la loi, elle *lie* ; — *lex* changeant de radical dans l'esprit du peuple courbé ne vient plus de *legere*, mais de *ligare* ; elle est devenue pour lui une chaîne qui garrotte son *droit* et sa *liberté*.

¹ La plupart des empereurs romains se firent rendre des honneurs divins, et leurs statues furent placées dans les temples à côté de celles des dieux. — Voir dans Suétone et Tacite l'état des mœurs romaines et le récit des intrigues et des luttes intestines qui désolèrent Rome au temps des premiers empereurs.

II.

Mais voici que par une nouvelle explosion la Loi se spiritualise et que la *liberté* se fait *droit*.

L'esprit dégagé de la forme s'élève au-dessus de la lettre; — les symboles de la tyrannie se brisent sur les trônes renversés, — et la justice inaugure le règne de l'*égalité*, de l'*æqualitas*, qui, sortant de la *lutte* de l'équité (*æqui-litis*) contre l'injuste, annonce l'équilibre et l'harmonie.

D'abord violente comme toute réaction, la nation en possession trop subite d'elle-même, ne connaît à son tour que la force qui lui a donné la victoire; elle plante énergiquement la lance quiritaire du combat au milieu des libertés qu'elle vient de reconquérir; — en voyant les excès du despotisme des patriciens, le peuple a fini par comprendre ses *droits*; il lui reste à les écrire.

Le salut suprême a été la loi de l'action; quelle sera celle du pouvoir nouveau?

Plus ou moins ardentes, plus ou moins rapides ou ménagées, on rencontre dans toutes les histoires ces révolutions successives, pendant lesquelles le progrès se prépare comme ces pierres précieuses que polissent les flots heurtés des torrents et des tempêtes¹.

1 Il ne faut pas croire que ces orageuses oscillations des sociétés dont les éléments cherchent à s'équilibrer, que ces emportements déréglés des peuples qui veulent concilier l'ordre et l'indépendance appartiennent exclusivement au monde antique. — Ces luttes de l'*autorité* et de la *liberté* ne sont point étrangères à l'histoire de l'ère chrétienne; et à ce sujet, rapportons-nous-en au savant et profond auteur de *la Civilisation en France et en Europe*, M. Guizot. — « Deux grandes forces et deux grands droits, dit-il, l'*autorité* et la *liberté*, coexistent et se combattent naturellement au sein des sociétés humaines, dans le monde antique, jusqu'à l'Europe chrétienne, et quoique, nulle part, l'une des deux puissances n'ait jamais pleinement aboli l'autre, ce que Dieu ne permet pas, la domination, une domination décidée et permanente avait toujours appartenu à l'une ou à l'autre; les nations avaient vécu tantôt sous un joug presque absolu de l'*autorité*, et tantôt en proie aux continuel orages de la *liberté*. C'est le glorieux et original caractère de la civilisation européenne, depuis qu'elle s'est développée sous l'influence évidente ou obscure, acceptée ou méconnue de l'Évangile, que l'*autorité* et la *liberté* y ont vécu et grandi ensemble, côte à côte, luttant toujours sans jamais se réduire mutuellement à l'impuissance, sujettes l'une et l'autre à des oscillations, à des retours de fortune qui ont fait, à travers une longue série de siècles, la destinée des gouvernements

Le droit à ces derniers moments est bien toujours ce qui est *ordonné*, mais sa formule moins hiérarchique a coulé ses prescriptions dans le moule de l'égalité civile. — Sous son expression impersonnelle et plus large transpire un élément nouveau, τὸ δίκαιον, la justice².

Impérative, il est vrai, mais plus juste, la *loi* ne reconnaît que le *droit* de tous; point de privilèges! Le *je* individuel du *præcipio*, du *sic volo* autocratique a fait place au *sujet impersonnel* et *national*, qui doit lui obéir et pour qui elle est faite.

NEMINI LICET, — *il n'est à personne permis!* — voilà sa formule; c'est bien encore la loi qui *lie*, mais au lieu d'être une chaîne au profit de la tyrannie, c'est le lien du faisceau populaire qui fait la force et l'union. — La loi devient la règle sans exception des actions libres, la *norme*, sans privilège, de la justice, *norma*, la νόμος, dans l'expression de laquelle on voit apparaître le sentiment de l'égalité, ὅμοις, *égal*, et c'est ainsi que de l'égalité dans la loi procède l'idée de la *légalité* dans les formes.

III.

Une fusion s'opère enfin. — De part et d'autre on met bas les armes, et l'équilibre tend à s'établir. — Nouvelle phase.

L'*autorité* a compris les droits de la *liberté*, et la *liberté* le besoin de l'*autorité*. — Les deux principes se rapprochent et se combinent dans un mariage saint et sacré, sous l'empire de la *justice* et de l'*utilité*. — Entre la base et le faite, l'*ordre* règne, la souveraineté d'*un seul* n'écrase et ne foule plus la souveraineté de *tous*, elle la représente. — Un nouveau droit apparaît dès lors dans l'État ainsi réorganisé.

C'est là *une* période de transition, pendant laquelle le pouvoir

» et des peuples. — L'Europe chrétienne n'a jamais subi l'empire incontesté
» de l'un des deux principes rivaux; le vaincu est toujours resté en état de
» se défendre, et avec des chances de redevenir vainqueur. »

² Δίκαιον, qui signifie *juste*, exprime ce qui est partagé en deux, et δικαστής, le juge, celui qui partage. — Le mot *directum*, di-rectum, semblerait indiquer la même idée de partage entre deux droits. — Le juste, d'après Aristote, est un milieu, une égalité par rapport aux choses et aux personnes. — Vico, prenant plus haut la raison de la conformation de l'expression grecque, pense que δίκαιον vient de δίκαιον et de δίδς, qui signifie le ciel (*Sciences nouvelles*, p. 154); ce qui reporterait l'origine de ce mot à l'époque où l'idée du droit et de la justice se confondaient dans le sentiment de la Divinité.

CONSTITUANT garantit et reconnaît le *but* et les *moyens* naturels de la société, dans des déclarations de principes et d'institutions appelées CONSTITUTIONS ¹.

Le DROIT ne vient alors ni de Dieu ni des trônes ; il s'est fait citoyen et *constitutionnel*.

Mais l'homme ne passe pas d'un état politique à un autre sans traîner après lui, dans ses habitudes, des vestiges du système dont il est parvenu à se dégager. — Le législateur, à peine initié à la connaissance vraie des forces qu'il doit conduire, manque d'une forme originale pour exprimer ses prescriptions ; aussi le voit-on emprunter tour à tour les formes des régimes antérieurs, au milieu de ses tentatives pour atteindre une formule plus exacte et mieux appropriée à la nature des éléments soumis à son empire.

A cette heure, le DROIT apparaît ce qui est *droit* en ligne *directe* du but juste et utile de la société. — C'est bien, en effet, le *direct* qui se *dirige* en *droite* ligne vers son but *direct* ; — c'est bien à la fois la *règle* et la *direction* des activités sociales, le droit progressif dont l'expression moderne (*recht*, en allemand, *right*, en anglais, *di-rect* et *droit* du latin *di-rigere*, *di-rectum*) indique en même temps un pouvoir qui marche, et qui marche debout en face de son but ; mais il n'a pas rejeté tout à fait l'élément barbare de la *raison d'État* pour y substituer avec netteté la *raison de tous*.

Si la *loi* est encore un *lien*, ce n'est plus, du moins, le lien imposé et sabé des époques agitées et primitives. — On a compris son utilité et sa justice ; *lex* ne vient plus exclusivement de *ligare* ni de *legere* (n^{os} 24 et 23), il vient de l'un et de l'autre de *e-ligere*. C'est un *lien* librement *choisi*, librement accepté ; c'est le verbe non plus *lu*, mais *élu* ², choisi par les élus de la nation et formulé en termes choisis. — La loi ne dira donc plus ni

¹ V. le *Cours de droit naturel* de M. Ahrens, sur le développement successif des États et des constitutions, pages 210 et suiv., et 219 et suiv.

² Nous avons déjà fait observer (n^o 3) que tout irrationnelles que soient *en elles-mêmes* ces formules, le système de la rédaction des lois dans l'antiquité répondait néanmoins, et très-rationnellement, à l'état politique et au degré de civilisation des peuples ; mais nous avons dit aussi qu'ayant cessé d'être en harmonie avec l'ordre actuel des choses, par suite des changements que les progrès ont introduits dans l'organisation sociale, le temps paraissait être venu d'adopter un système mieux approprié et plus conforme à l'idée que nous avons du droit et de la loi. (V. n^{os} 29 et 30.)

præcipio, ni *sic volo*, ni exclusivement *nemini licet*¹; mais elle dira tantôt l'un, tantôt l'autre, suivant la nature libre ou subordonnée des individualités (n° 28, II, IX) que le législateur aura à diriger ou à contenir².

Præcipio, sic volo sont les formules de supérieur à inférieur de l'autorité théocratique ou aristocratique.

Nemini licet est l'expression du droit de la liberté dans ses luttes avec l'autorité; — formule d'égal à égal, elle ne montre qu'un des côtés de l'idée vraie de la loi; — il y manque encore un élément, l'élément rationnel que la période virile du droit introduira et réalisera dans la pratique législative, en absorbant dans une formule supérieure les formules incomplètes et contradictoires des siècles passés.

III.— TROISIÈME ÉPOQUE DU DROIT.— Époque constitutionnelle ou de la Raison.

25. Après l'âge du *sentiment* et de la *liberté*, les nations arrivent enfin au sentiment de la RAISON, et les actes de leur vie politique se marquent désormais et toujours davantage à ce coin supérieur.

Que les législations et les gouvernements apparaissent dans le principe comme des révélations et des institutions divines, que sous l'empire des tiraillements opposés les peuples obéissent quelque temps encore aux lignes hasardées de leurs premiers progrès, cela se conçoit; mais vouloir s'en tenir à ces bégayements de l'humanité, vouloir que le passé soit d'une manière absolue la loi immuable de l'avenir, ce serait de la folie; car l'homme est né pour marcher en avant et grandir.

Oui, les actes de la liberté se succéderont bien d'abord, suivant les usages que les habitudes, les intérêts ou les croyances ont établis; — le respect qu'inspirent ces coutumes traditionnelles les protégera bien encore contre les innovations précipitées; mais le moment arrive enfin où ces formes vieillies éclatent sous la vive force du développement naturel des idées. — Loin de correspondre aux besoins sociaux, ne sont-elles pas devenues pour eux des entraves? — Leur autorité s'est affaiblie, les intérêts déplacés réclament des réformes; les mœurs épurées des croyances plus élevées, et l'ordre social

¹ V. dans Suarès, *Tractatus de legibus*, la mention de cette formule.

² V. au chapitre III de ce titre les différentes définitions de la loi données par les jurisconsultes.

amélioré une organisation plus parfaite. — Le mouvement ne peut être arrêté.

Alors se dégage peu à peu la synthèse harmonique, appelée à concilier dans des formes plus larges les traditions et les aspirations ; — les maximes font place aux principes, et, guidés par des règles nouvelles, les peuples s'avancent d'un pas lent et mesuré dans cette voie péniblement conquise, à travers des ruines qui furent jadis des monuments. — C'est ainsi que l'humanité procède, et cela n'a rien qui doive nous attrister ; nous l'avons dit et nous aurons l'occasion de le redire encore, la destinée de tout ce qui pense est de tendre sans cesse et partout du mal au bien, du bien au mieux ; — c'est la destinée des nations et de l'homme. Laissez-les s'élever vers des sphères meilleures par la spirale immense des progrès successifs.

La *troisième époque*, l'époque virile du droit, manifesterà donc, dans sa législation modifiée et rationnelle, les idées combinées de la *justice* et de l'*utilité* ; elle rejettera loin d'elle tout ce qui rappellera la lutte et les tiraillements des siècles antérieurs ; elle proscriera à tout jamais des relations sociales les sanctions malheureusement encore nécessaires de la mort sur la place publique et de la mort sur les champs de bataille, la guerre et l'échafaud. — Une rédaction forte et logique introduira, dans la lettre des lois, les principes équilibrés de la *liberté* et de l'*autorité*. A côté du sentiment du *droit* apparaîtra celui du *devoir* dans des formules précises, qui répondront simultanément à la nature même de l'objet et du sujet des lois.

Après avoir été tour à tour le verbe consacré, l'expression brutale du bon plaisir, la volonté d'une faction ou d'un soldat heureux, la loi deviendra enfin la manifestation épurée de la raison ; elle parlera aux hommes le langage des hommes, et chacun croira entendre un écho de sa propre pensée.

Un publiciste avait, avant nous, tracé avec un rare bonheur d'expression ce développement de la législation dans l'histoire : — « Le législateur dans l'antiquité, dit M. Lerminier, est poète » et roi ; dans les temps modernes, il est philosophe et peuple. »

« La législation est la première muse de l'antiquité ; — elle » est sacrée, elle a l'inspiration sur le front, elle a commencé » par s'asseoir sous la tente des patriarches, elle a replié ces » tentes pour s'enfermer dans les sanctuaires de l'Inde et de » l'Égypte ; sacerdotale, elle enseigne les peuples, mais la trom-

» petite sonne, le clairon retentit, elle monte à cheval ; guerrière,
 » elle tient sous son joug une multitude qui commence à frémir,
 » puis elle change encore de costume, elle devient tribun, elle
 » s'appelle la *liberté*, elle se fait *peuple*¹. »

Demain elle revêtira la tunique de Pallas, elle se nommera la Sagesse. — C'est ainsi que par des alternatives d'ombres et de lumières, de chutes et d'élévations, l'esprit humain éprouvé et instruit arrivera à saisir les vrais principes du droit, et déterminera les formules rationnelles, suivant lesquelles se rédigeront les lois de l'avenir.

Cette époque, c'est notre siècle qui en prépare le glorieux avènement :

Magnus ab integro seclorum nascitur ordo ².

Le niveau intellectuel s'élève partout et trahit le travail de la dernière heure ; osons espérer que la mère patrie des améliorations humaines, la France, ne restera pas le spectateur indifférent des suprêmes efforts, — et tentera des codes nouveaux pour réaliser les idées nouvelles.

A cette question, *qu'est-ce que le droit ? qu'est-ce que la loi ?* La Philologie et l'Histoire ont répondu en combinant l'élément stable avec l'élément progressif des diverses périodes ; c'est ce QUI EST IMPOSÉ PAR L'AUTORITÉ COMME LA RÈGLE DE NOS ACTIONS.

Cette définition ³, qui matérialise trop la notion du *droit social* et ne tient pas assez compte du *droit individuel*, la science juridique, jusqu'à un certain point, a pu l'admettre (V. n^o 32 et suivants), mais la Philosophie ne l'accepte, on va le voir, qu'en la complétant et la développant.

¹ *Philosophie du droit*, édit. de 1853, p. 436.

² Virgile, 4^e églogue, à Pollion.

³ Cette définition confond l'idée du *droit* avec la *loi* ; elle suppose même le *droit* comme émanant de la *loi*, et ne pouvant être que la création de l'autorité positive. V. à ce sujet la note 2 de la page 236.

CHAPITRE II.

DU DROIT ET DE LA LOI AU POINT DE VUE PHILOSOPHIQUE.

26. L'homme, par sa nature, se pose comme une activité individuelle et collective.
27. C'est donc au double point de vue de l'individu et de la société qu'il faut analyser les idées de droit et de loi.
28. Résumé de la science philosophique et de la science politique sur la nature de l'homme et de la société.
29. DU DROIT. — I. Du droit dans son sens individuel et absolu. — II. Du droit dans son sens individuel et relatif. — A. Du droit par rapport aux citoyens. — B. Du droit par rapport aux fonctionnaires.
30. DE LA LOI. — I. De la loi dans son sens général et absolu. — II. De la loi dans son sens relatif : — A. De la loi par rapport aux citoyens ; — B. De la loi par rapport aux fonctionnaires.
31. Résumé et définition philosophique de la loi.

26. « L'homme est un roseau, mais c'est un roseau *pensant*¹. » Il médite, et lorsqu'il domine en lui par la puissance de la réflexion, il découvre, entre deux infinis², un principe mystérieux d'action qui lui crie des profondeurs de son être : *Je sens, je sais, je veux ! ERGO SUM ! — JE SUIS !... JE SUIS une activité sensible, intelligente et libre !*

Que ce cri de la conscience, affirmant sa nature en présence des phénomènes du MOI, ne soit point auprès de certains philosophes une *preuve absolue* de certitude morale³, cela nous importe peu ; — on ne démontre pas les axiomes en mathématique, pourquoi démontrerait-on l'évidence en philosophie ? — L'homme se montre et ne se prouve pas ; — il se pose comme une force *individuelle* et *collective*, il dit JE et NOUS, et le sens commun accepte, sans discussion aucune, le fait de son existence et celle de la société.

27. Pour déterminer en conséquence la réalité des idées générales du DROIT et de la LOI, pour en saisir avec exactitude la portée et la forme dans la vie des peuples ; — pour en suivre

¹, ² *Pensées* de Pascal.

³ Nous avons déjà eu occasion de dire, dans une précédente publication (V. *Code annoté de la presse*, introd.), que le *cogito ergo sum* ne pouvait être considéré comme une démonstration philosophique de l'existence du moi ; car dire *JE pense*, c'est le même que de dire *JE EST pensant* ; — c'est affirmer que *je existe* comme *être pensant*, mais ce n'est pas le prouver. — Le mot de Descartes restera toutefois comme une attestation sublime de la conscience en présence de la pensée.

enfin, sans lacune, le développement politique et juridique, il faut nécessairement les prendre à leur source dans la conscience humaine, au double point de vue de l'être *qui s'isole et qui veut*¹, l'INDIVIDU, et de l'énergie qui s'unit et qui peut, la SOCIÉTÉ.

L'HOMME et la SOCIÉTÉ, deux mondes dont il s'agit ainsi de mesurer les orbites et de reconnaître les mouvements; — comment apprécier, en effet, la loi de leurs actions réciproques sans la connaissance de leurs ressorts, de leurs mobiles et de leur destination? — Qu'on ne s'effraye pas devant les immensités qui pourraient se déployer entre les limites de cet horizon psychologique; — nous n'avons ni la force ni la prétention de vouloir les parcourir.

Toutefois, et puisque par ce côté majestueux la métaphysique touche à la législation, on nous permettra de lui emprunter les notions indispensables à la clarté de notre exposition. — N'est-ce pas là, d'ailleurs, le préliminaire obligé de toute étude juridique? — Peut-on bien parler du *droit* et de la *loi*, de leurs principes et de leur base, sans parler de l'*homme* et de ses *facultés*, de la *société* et de ses *fonctions*, ainsi que de leurs fins respectives?

28. On acceptera donc comme AXIOMES, en tête de ce chapitre, les points suivants, que depuis longtemps les sciences morales et politiques ont mis au-dessus de toute discussion².

I. L'homme est une *activité* sensible, intelligente et *volontairement libre*.

Par la *sensibilité*, soumis à l'empire du plaisir et de la douleur, au sentiment du beau et du laid, aux emportements de l'amour et de la haine, son cœur recherche ou subit l'épreuve orageuse des PASSIONS³.

Par l'*intelligence*, il a des *idées*; il compare, il discerne le

¹ Expressions de Fichte.

² On peut, sur cette matière, consulter MM. COUSIN, *Fragm. philos.*, introd.; — ORTOLAN, *Introduction philosophique au droit pénal*; — OUDOT, *Essais de philosophie du droit*; — LAFERRIÈRE, *Traité de droit public*; — LERMINIER, *Introduction à l'histoire du droit, et Philosophie du droit*; — AHRENS, *Droit naturel*; — ROSSI, *Éléments de droit pénal*, p. 204.

³ On a beaucoup déclamé et l'on déclame beaucoup encore contre les *passions*; — il importe qu'on ne se méprenne ni sur le sens que nous donnons à ce mot, ni sur le rôle qu'elles jouent dans le domaine de la morale et de la science juridique.

vrai du faux, il fait plus : il *pense* Dieu et se pense lui-même. Découvrant ensuite les limites naturelles et morales de son pouvoir d'action, il en conçoit le but et la ligne, et devient ainsi son roi, son législateur et son juge dans le for impénétrable de sa conscience.

Par la *volonté*, il se fait lui et se différencie des autres par des déterminations et des actions dont il assume l'entière et exclusive *responsabilité*¹ ; il veut *librement* ce qu'il veut, et nul en lui ne veut que lui-même. « Centre profond de son être individuel, différente de la raison qui n'est humaine que par accident, la *volonté*, dit M. Lerminier, est l'homme même². » Le caractère distinctif de cette faculté est la *liberté* et la *personnalité*³.

II. L'homme est ainsi, par sa nature même, un *pouvoir libre d'action et d'inaction*, capable de bien et de mal, de mérite et de démérite, et essentiellement perfectible et sociable.

III. Un pouvoir d'action est légitime lorsqu'il s'exerce suivant son but et ses moyens. — Un pouvoir légitime d'action est une force morale, qui, pour l'homme, constitue un *droit*.

IV. La fin d'un être et la nature de ses moyens d'action étant ainsi la mesure de la légitimité de son pouvoir, il suit que le premier besoin de l'homme, *être essentiellement perfectible* ne l'oublions pas⁴, est en conséquence d'ÊTRE et d'ÊTRE BIEN ; en d'autres termes, de se CONSERVER et de s'AMÉLIORER, en réali-

¹ L'homme se sait l'auteur libre de ses actions et de ses déterminations ; ne pouvant dès lors en imputer à d'autres la cause première, il en assume la responsabilité. C'est ainsi que de la liberté qui se connaît, procède l'imputabilité morale. — V. M. Lerminier, *loc. cit.*

² « Racine, principe actif de l'homme, ajoute l'auteur, la *volonté* est humaine et personnelle par excellence ; elle agit ; sous le flambeau de la raison, sous le charme des passions, elle est tenue de faire sa route, et sa destinée est de porter le poids de la vie. » (Lerminier, *Int.*, p. 2.)

³ Le caractère distinctif de la raison est l'*impersonnalité*, car la raison, attribut de l'espèce, n'appartient à personne, l'intelligence est un flambeau qui brille en nous malgré nous-mêmes ; nous ne sommes maîtres ni de ses souvenirs ni de ses jugements, et nous distinguons malgré nous le bien du mal, la vérité de l'erreur. « La raison, dit M. Lerminier, c'est Dieu, c'est l'universel ; la volonté, c'est l'homme, c'est l'individu. »

⁴ Socialement et individuellement *perfectible*, c'est-à-dire avec une tendance invincible du mal au BIEN, du BIEN au MIEUX, l'homme est nécessairement le sujet d'une fin. — V. Arhens, *Droit naturel*, p. 127.

sant son BIEN-ÊTRE *matériel* et *moral* par l'exercice naturel et le développement harmonique de toutes ses facultés.

V. Jeté nu sur la terre nue, *nudus in nudâ humo*, suivant l'expression de Pline, l'homme n'y marche et n'y domine pas comme une puissance solitaire¹. — Son premier regard a rencontré des *semblables*, leurs mains ont pressé sa main, il leur a souri, il a *parlé*², et la société a été faite.

Sociable et libre, l'homme se pose dès lors comme une *force individuelle et collective*, avec des moyens individuels et collectifs d'*actions* et de *relations*.

VI. La *société* est donc un *état d'union naturelle et nécessaire* à l'homme pour accomplir sa *destinée*³.

VII. État d'union, union de forces, la société est ainsi une *puissance* dont la raison d'être est un *but*⁴, et la condition essentielle le POUVOIR pour atteindre ce but. — « On ne saurait, » dit à ce sujet M. Rossi, comprendre une société sans l'existence d'un *pouvoir*, car l'idée d'*ordre* est inhérente à la « société, et l'*ordre* suppose un *pouvoir* qui empêche et réprime le désordre⁵. »

VIII. Le premier droit et le premier besoin de la société est en conséquence la constitution du POUVOIR, dont la manifestation extérieure implique nécessairement des moyens extérieurs d'action et de réalisation. — De là des FONCTIONS. — Si l'on ne

¹ « Il n'est pas bon que l'homme soit seul, » a dit la Genèse. — *Væ soli!* ajoute l'Ecclésiaste. — Il est inutile de reproduire ici la filiation de la société et de la famille, tant ressassée depuis Bodin. L'homme est un être sociable de sa nature; c'est là un point sur lequel tout le monde est aujourd'hui d'accord. Aristote l'a reconnu lorsqu'il disait de l'homme : « C'est un animal politique qui ne vit que d'accointance et de compagnonnage. » — Voir d'ailleurs à ce sujet M. Rossi, *Éléments de droit pénal*, t. I, p. 200.

² Le langage est une preuve de la sociabilité de l'homme. — « La pensée » échangée par la parole est le premier rudiment de la société. » Portalis, *De l'homme et de la société*, p. 25.

³, ⁴ Voir, sur la doctrine et la vocation de l'homme, ce qu'ont écrit M. Oudot dans son Cours et M. Rossi, *loco citato*, p. 204. « La perfection de la personnalité et des sociétés humaines, tel est le but ou la fin du droit social, » dit M. Ahrens dans son *Cours de droit naturel*, p. 128, dont nous ne saurions trop recommander la lecture sur ce point.

⁵ M. Rossi, *loco citato*, p. 201, explique avec beaucoup de clarté de quelle manière la *nécessité* et la *légitimité* du pouvoir se déduisent de la *nécessité* même de l'état social.

peut, en effet, comprendre la société sans pouvoir, on ne saurait pas mieux comprendre l'exercice du pouvoir sans des *fonctions*. — Les *fonctions* sont au corps social ce que les organes et les facultés du corps humain sont à l'activité qui les gouverne.

IX. Dans l'état social il ne peut donc y avoir que *deux réalités vivantes*, capables de *droits* et de *devoirs*; à savoir : les *CITOYENS* et les *FONCTIONNAIRES*, — les *gouvernants* et les *gouvernés*. — C'est là un des points les plus importants à noter, et sur lequel nous aurons plus d'une fois à nous appuyer, pour déterminer la nature et le caractère des lois et les formules rationnelles de leur rédaction.

X. Éléments nécessaires de l'État social, le *pouvoir* et ses *fonctions* étant les moyens d'un but, c'est de ce but que leur vient leur *légitime autorité*. — La légitimité de leur action est, dès lors, essentiellement dépendante et subordonnée au *devoir* de leurs fins respectives¹. S'ils le dépassent, c'est un abus; ils abdiquent s'ils ne l'atteignent, et leurs excès sont dès lors aussi dangereux que leur insuffisance.

XI. « Le but de la société, a dit l'éloquent Portalis, est d'assurer la conservation des personnes, leur bien-être, le libre exercice de leurs facultés morales et physiques, la liberté d'agir et la sécurité nécessaire à l'homme pour l'accomplissement de sa destinée, l'ORDRE. »

« Ce qui est vrai de l'individu est vrai de l'espèce, observe à cet égard M. Oudot dans son cours, — car elle agit *collectivement* par les efforts des activités qui la composent. » — *L'association des moyens* impliquant nécessairement *l'identité*

¹ La *légitimité* d'un pouvoir réside-t-elle dans sa *durée* ou dans son *mérite*? — Un pouvoir n'est et ne peut être *légitime* que lorsqu'il agit suivant la *loi* de son institution, c'est-à-dire qu'il remplit son mandat, sa mission, et tend à son but. Le chef vraiment légitime d'une nation est en conséquence celui qui la *sauve*, qui la *conserve* et la *dirige le plus glorieusement vers ses hautes destinées*. — Le principe d'un gouvernement, c'est le but qu'il doit atteindre; c'est dans la ligne de ce but qu'il trouve la légitimité de son existence; là est le droit inviolable et supérieur auquel il doit tout sacrifier, même le moyen qui le lui a révélé. — La *durée* n'est et ne peut être dès lors que la preuve de son *mérite*, la présomption puissante de sa *légitimité*. — Et c'est en ce sens que parfois on a pris le change pour opposer la *durée* au *mérite*, la preuve d'un fait passé au doute sur le fait actuel. — V. sur ce point M. Lerminier, *Philosophie du droit*, p. 44, et le rapport de M. le comte de Morny au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relatif à des mesures de sûreté générale. — 13 février 1858.

des buts, il suit que la société n'a pas d'autres raisons d'être et d'autre fin que de procurer la satisfaction la plus morale des besoins, le développement le plus régulier et le plus complet de la vie humaine par le commerce paisible des sentiments, l'accord et l'usage naturel des énergies sociales. « *Ut felicius de-geant homines*, » dit Bacon, le grand chancelier philosophe.

XII. Le pouvoir, ainsi que la raison, n'est alors au-dessus de nos têtes que pour voir et découvrir ces degrés, toujours plus élevés de moralité et de bien-être, vers lesquels tendent sans cesse les aspirations de notre nature. — Pour lui le BIEN est un droit et le MIEUX un devoir.

Le plus grand MIEUX du plus grand nombre, le Progrès. — C'est là, dans un mot et dans une formule précise, la règle suprême du pouvoir.

XIII. Il reste à connaître les moyens réalisateurs d'une pareille devise, les procédés par lesquels le pouvoir devra mettre en jeu, dans ce but, les forces sociales.

Ces moyens, on le devine, ce sont les LOIS : — les lois qui, suivant la nature libre ou dépendante des éléments soumis à leur empire, commanderont le bien et le mieux, et proscrireont le mal et le pire ; — les lois qui régleront les actions libres des individus et les actes subordonnés des agents du pouvoir ; les lois qui défendront aux citoyens ce qui est contraire au but social, et ordonneront aux fonctionnaires ce qui lui est utile.

XIV. — LIBERTÉ de l'homme, — NÉCESSITÉ du Pouvoir, — DÉPENDANCE des fonctions : — tels sont, avec la LOI pour régulateur et force motrice, les principaux rouages du mécanisme social.

Ces notions étaient indispensables, on le comprendra plus loin mieux encore, pour suivre et saisir sans efforts, dans toutes ses phases, la génération philosophique des idées mères, sur lesquelles repose l'édifice entier de notre système de rédaction législative, et justifier d'avance les procédés techniques de son application.

Et maintenant nous pouvons nous demander avec assurance : *qu'est-ce que le droit ? qu'est-ce que la loi ?*

La réponse à cette double question exige cependant, sur deux plans parallèles, encore quelques développements particuliers.

Ce chapitre se divisera donc tout naturellement en deux par-

ties distinctes, — l'une consacrée à l'étude de l'idée du droit, l'autre à celle de l'idée de la loi, et, dans chacune d'elles, notre analyse, pour être exacte et complète, se placera tour à tour en regard des situations diverses sous lesquelles doit, en cette matière, être considéré l'être capable de *droits*, de *devoirs* et de *lois*, c'est-à-dire aux trois points de vue :

- | | |
|--------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|
| 1° De l'être qui s'isole et qui
veut : — <i>l'individu</i> . | } Du droit et de la loi dans leur sens
individuel et absolu. |
| 2° De l'individu qui s'unit et
qui peut : — <i>le citoyen</i> . | |
| 3° Du pouvoir qui dirige et
qui doit : — <i>les fonctions</i> . | } Du droit et de la loi dans leur sens
relatif et social. |

DU DROIT.

I. — DU DROIT INDIVIDUEL DANS SON SENS ABSOLU.

29. Dans l'usage, quand on dit : — *j'ai droit*, cela signifie : *j'ai pouvoir*. — Est-ce à dire que *droit* et *pouvoir* soient synonymes, et que, si l'idée de *droit* implique à ce point celle de *pouvoir*, un pouvoir d'action, quel qu'il soit, constitue toujours par lui-même un droit? — Il faut distinguer.

Au point de vue *subjectif* de l'individu, abstraction faite de ses relations, l'école a bien, il est vrai, défini le *droit* : — la *faculté d'agir*, *Jus est facultas agendi*. — Mais s'ensuit-il que l'animal qui *se meut*, que la machine qui *a la faculté d'agir*, soient à ses yeux *capables de droits*? — Non, certainement. — C'est pourtant ce que pourraient donner à entendre le *jus est facultas agendi*, si l'on attachait à l'expression de *facultas* un sens trop exclusivement mécanique et matériel.

Toute faculté qui, suivant sa nature propre, est appelée à se manifester dans la vie par des actions, ne constitue donc point, par elle-même, le *droit d'agir*. — L'activité volontaire même qui nous anime, si on la concevait isolée et privée du concours de l'intelligence¹, — l'activité de l'idiot, par exemple, ou de

¹ Tous les faits de l'activité humaine sont complexes; ses facultés n'agissent pas indépendamment les unes des autres; elles concourent si harmoniquement, quoiqu'à des degrés divers, dans la réalisation des actes de la vie, qu'on ne saurait concevoir comme isolé le jeu normal d'aucune d'elles, *voluntas et intellectus unum et idem sunt*. Il fallait que cela fût ainsi pour que l'homme pût être responsable de ses actions, et que la vie spirituelle,

l'insensé, ne fonderait pas plus le droit que ne le fonde l'activité de l'animal. — L'animal, comme l'idiot, comme le fou, *peut agir*, il se meut, mais il *n'en sait rien*; il ne peut pas s'écrier avec empire : j'agis et j'ai le *droit d'agir*, car pour dire *j'ai droit, j'ai pouvoir*, il faut plus que le *fait* et la *force* d'agir, il faut pressentir le but de cette force et la concevoir comme son moyen *légitime* (n° 28, § III), — avoir en un mot la *conscience de soi-même*.

Je m'explique : — avant de *pouvoir*, il faut *être*, cela est élémentaire; il n'y a, en effet, que ce qui EST qui ait le *pouvoir d'être et d'être pouvoir*, — *prius est esse quam posse*¹. — Dans cet ordre d'idées on a donc eu raison de dire : *Le droit c'est la vie*², puisqu'elle en est le principe et la base; mais, à rester dans le vrai philosophique, le fait seul de l'existence, la réalité seule d'une force d'action ne suffisent pas pour constituer des droits. — La *vie* est un *fait*, l'*activité volontaire* un *moyen*; pour les transformer en *droits*, il est indispensable que l'intelligence intervienne, les constate, les éprouve, et c'est là le rôle que remplit la conscience lorsqu'elle atteste leur raison d'être et qu'elle dit : — *Jus sum quoad sum!* — Je suis *droit*, j'ai *droit*, parce que je SUIS et que je SAIS!

L'homme intelligent et libre est donc seul capable de droits.

Tel est le premier résultat du travail de l'esprit humain, pour saisir, dans le sanctuaire mystérieux de son for intérieur, l'idée initiale du *droit individuel*.

Le droit c'est la vie, a-t-on dit, c'est surtout la conscience!

une dans sa source, fût également une dans ses manifestations. Le moi est profondément indivisible; — aussi l'imputabilité morale disparaît-elle lorsque la folie ou tout autre désordre psychologique altère et trouble les relations harmoniques et régulières de nos facultés. Alors nous cessons d'être à la fois capables de droit, de devoir et de responsabilité. — V. note 1, p. 254, et n° 27, § 1.

¹ Le pouvoir d'agir étant un attribut de l'être, la maxime *prius est esse quam esse tale* me paraît pouvoir, sans perdre de son exactitude, se transformer en celle de *prius est esse quam posse*; *posse* étant synonyme de *esse potens*.

² « Le droit est la réalité même; il est la charpente de l'histoire; il enveloppe dans son cercle la religion, l'industrie, l'art, la philosophie; car c'est par sa liberté nécessaire que l'humanité peut vaquer à ses idées et à ses désirs : *in eo vivimus, movemur et sumus*. Le droit, c'est la vie. » (Lermier, *Philosophie du droit*, dernière édition, t. V, chap. 1, p. 433.)

— La philosophie devra donc traduire le *jus est facultas agendi* : le droit est un pouvoir intelligent (*con-cient*) d'action, — une *possibilité morale* de faire ou d'exiger une action de soi-même ou d'un autre.

Ce n'est pas tout : — l'homme a regardé autour et au-dessus de lui, et il a pressenti le *terme* de sa vie et le *fini* de sa puissance : des *nécessités extérieures et morales* ont plus d'une fois modifié ses manifestations. — Son *droit* s'est si souvent brisé contre de pareilles barrières, qu'à la conscience de son pouvoir s'est alors ajouté le sentiment de ses limites, et l'esprit, faisant retour sur lui-même, a conçu, par opposition, l'idée du *devoir* qui sera plus tard mieux comprise comme élément générateur du principe de la *loi*.

L'être capable de *droits* est donc seul aussi capable de *devoirs*.

Tel est le second résultat de l'analyse dans l'étude intime et abstraite du sentiment du droit.

Le DROIT considéré, en chacun de nous, dans la conscience d'une *faculté d'action* et dans le *devoir* qui en détermine l'étendue, nous paraît se définir, en conséquence, au point de vue abstrait où nous nous sommes dès l'abord placé, comme : — le *pouvoir* des actions *possibles et morales de la liberté*, — en d'autres termes : — LA LIBERTÉ D'AGIR SUIVANT LA RAISON ET LA NATURE ¹.

C'est là le côté purement philosophique et *absolu* de l'idée du droit ; — il nous reste à l'examiner au point de vue des relations des hommes réunis en société.

II. — DU DROIT DANS SON SENS RELATIF ET SOCIAL.

Ici d'abord une distinction est à faire entre l'individu envisagé sous le masque² du *citoyen* et celui qui marche investi de la puissance gouvernementale, le *fonctionnaire*, — entre les gouvernants et les gouvernés, entre le pouvoir d'agir

¹ M. Laferrière définit le droit : la liberté de l'homme dans ses rapports avec la loi du devoir. — Cette définition laisse à désirer en ce sens qu'elle présuppose l'idée du devoir, et semble faire sortir le droit d'une obligation préétablie. — V. sur l'antériorité du droit, p. 268, note 4.

² L'expression de *personne* vient du mot *persona*, masque, rôle, personnage du drame juridique. « *Personam tragicam forte vulpes viderat,* » a dit Phèdre.

des *personnes privées* et le pouvoir de fonctionner des *personnes publiques*. — Cette division qui se trouve dans la société (n° 28, § IX) ne saurait, sans inconvénients, passer inaperçue dans l'étude des principes qui en sont la base; elle est même, à nos yeux, d'une importance telle que nous n'hésitons pas à penser que c'est pour n'en avoir pas suffisamment tenu compte que la science juridique a, jusqu'à présent, méconnu les règles rationnelles de la rédaction et de la codification des lois.

A. — Du droit par rapport aux citoyens.

Sur le plan des idées où va s'engager à ce sujet cette analyse, le droit apparaît dans une synthèse plus élevée, et se transforme en réalisant la *justice* dans les relations privées des hommes. — Cette transformation facile à suivre s'explique même, sans trop de difficulté, par la nature des progrès de l'esprit social, — et voici comme :

Une des principales opérations de l'intelligence, dans son appréciation des choses et des phénomènes qu'elle perçoit, consiste à les opposer les uns aux autres, à saisir entre eux, par comparaison, des points de *similitude* et de *différence*, en d'autres termes, des *RAPPORTS* (n° 28, § I, III). — Aussi l'intervention de cette magnifique faculté, dans les relations individuelles, a-t-elle eu pour effet nécessaire et immédiat de constater, dès le principe, un *rapport général d'identité* entre les hommes. — Chacun s'est reconnu des semblables pouvant, comme lui, dire *mon droit, mes droits*.

En présence de ces *égalités*, de cette équation des mêmes besoins et des mêmes facultés, le sentiment exclusif du *droit personnel* s'est alors réfléchi et replié sur lui-même, et, dégageant dans toutes les consciences un sentiment partagé de respect réciproque des droits de chacun et de tous, a manifesté l'idée positive du *devoir social*.

C'est ainsi que le fait de la pluralité des hommes et la reconnaissance du droit chez autrui ont tracé autour du *citoyen* un cercle de nouveaux *devoirs*, et que la notion du droit *relatif* ou *civil* s'est produite sous une forme négative et restrictive du *droit individuel* absolu¹.

¹ « La première notion du droit (relatif) se produit sous une forme négative, restrictive; c'est pour l'homme la reconnaissance obligatoire, mais

Il y a plus : — la raison, relevant ensuite la *conformité* ou la *non-conformité* de nos actes avec ces *devoirs* qui *délimitent* alors l'empire de la liberté et le champ de nos droits, la raison, disons-nous, proclame¹ *injustes* les actes qui les violent, et *juste* la volonté ferme de les respecter partout et toujours : — *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*². — Des sentiments combinés du *droit* et du *devoir* sort ainsi la conscience de la *JUSTICE*. — Et c'est à l'occasion de cette transformation que M. Cousin a dit avec beaucoup d'exactitude : « La liberté con- » fère à chacun le droit de faire ce qu'il veut, sous cette réserve » que l'exercice de ce droit ne portera aucune atteinte aux droits » d'autrui.... L'homme qui use de sa liberté, sans nuire à per- » sonne, est en paix avec lui-même et avec les autres, *il est* » *DANS son droit*, il est *JUSTE* ; dès qu'il entreprend sur la liberté » des autres, il les déshonore et se déshonore lui-même, *il se* » *met HORS de son droit*, il est *INJUSTE*. »

Le droit individuel *respectueux* des droits *égaux*, son exercice contenu *DANS* la ligne qui est *juste la limite* de son étendue relative, le *JUSTE*, en un mot, voilà qu'elle est l'idée culminante et génératrice du *droit social*, du *droit* au second développement de sa puissance, du *droit-justice* que Paul et Ulpien ont pu, sous ce rapport, définir sans méprise : *quod æquum et bonum est*.

Ainsi compris et délimité par les restrictions que la simultanéité des énergies individuelles impose à leur liberté naturelle, le droit des *citoyens* se révèle comme une force vive, dont une expropriation pour cause d'utilité publique a restreint le cercle d'action, afin d'en mieux assurer l'*inviolabilité*. — La protection des *droits civils* devenant, dès lors, le but et la condition du pouvoir social, *LA JUSTICE*, *quo jus-stat*, surgit comme la règle suprême de sa puissance.

Sans plus insister à ce sujet, et sans même examiner en quoi la *liberté* considérée comme principe du *droit national* diffère

» inactive, de sa propre liberté et de celle des autres. » (Lerminier, *Philosophie du droit*, p. 43.)

¹ Par analogie, la raison appelle *impossible* ce qui est *au delà* du pouvoir ou droit physique de l'homme ; *mal et faute*, les actes qui *excèdent les limites* morales que la nature et la raison imposent à la liberté. — V. ci-devant, p. 260, et *suprà*, p. 267.

² *Institutes*. — *Præmium*. — *De justitid et jure*.

de la *liberté* principe du *droit individuel*¹, nous pouvons ici conclure, en nous résumant, que :

Dans l'homme, le *droit* est la *liberté d'agir* suivant la raison et la nature;

Dans les hommes, le *droit* est la *liberté d'agir sans nuire* aux droits d'autrui, c'est-à-dire, suivant la raison et la justice².

Par dérivation ou transposition d'idées, on a ensuite donné le nom de *droits* aux résultats des *restrictions conventionnelles* que la liberté privée peut s'imposer, dans ses limites sociales, au profit d'un autre, en reconnaissant à cet autre un pouvoir spécial dont elle s'engage à respecter l'exercice. — A ce point de vue le droit ressort comme une création de la *loi de convention*, mais ce n'est pas encore le lieu de vérifier la nature de ces concessions obligatoires³; nous ne mentionnons ici que pour mémoire cette extension particulière du terme⁴, dont il importe de bien préciser la signification propre, en regard surtout des fonctions des pouvoirs publics.

¹ La liberté, comme principe de droit public, a été définie tout récemment par M. Troplong « la somme des franchises qu'une nation peut supporter sans se nuire. » (Discours prononcé lors de l'installation de M. Dupin, 28 novembre 1857.) — Cette définition, qui permet d'entrevoir la limite des droits de l'autorité dans la somme des restrictions que l'intérêt public peut imposer à la liberté individuelle, ne fait que rendre plus saillante la difficulté de tracer des règles absolues pour la détermination des franchises et des restrictions que, suivant les temps et les lieux, réclame la sûreté générale.

² « Le droit, selon le célèbre professeur d'Heidelberg, est l'ensemble des conditions sous lesquelles la liberté extérieure de chacun peut coexister avec la liberté de tous, et est juste toute action qui, faite par tous, ne porterait atteinte à personne. » — Cette définition, si exacte qu'elle paraisse, nous semble confondre dans sa première partie le droit avec ses limites, car le droit ne peut pas plus être un ensemble de conditions que la France n'est l'ensemble de ses frontières.

³ Le droit résultant des conventions est sans doute ce qui a donné lieu à cette erreur de Bentham, que le droit, en général, est la création de la loi.

⁴ Le mot droit, soit pénurie de la langue, soit négligence des jurisconsultes à se créer une nomenclature exacte, a reçu d'autres significations. Ainsi, comme résultats des contrats, il exprime la faculté de contraindre à l'exécution d'une obligation; tantôt il est synonyme de jurisprudence, tantôt il est employé pour désigner la loi même; quelquefois il s'applique à la collection des lois d'une certaine catégorie ou d'un certain peuple : *droit criminel*, *droit anglais*, etc., etc.

B. — Du droit par rapport aux fonctions.

La nature fait les hommes ; — les hommes ont constitué¹ des sociétés, et les sociétés le pouvoir qui s'exerce par des fonctions. — De cette différence d'origine découle une différence radicale dans la nature des droits des fonctionnaires.

L'individu tient son pouvoir d'être et d'agir, par conséquent ses droits (n° 28, §§ III, x) de la nature ; les fonctionnaires ne peuvent, comme tels, tenir les leurs que de la société ; c'est elle, en effet, qui les crée, c'est par elle qu'ils sont et agissent, elle est la base unique et le principe essentiel de leurs droits et de leurs devoirs ; — c'est là un fait fondamental dont il faut avoir bien soin de tenir compte, pour ne pas s'égarer dans la poursuite du but que nous avons entrepris.

Expliquons-nous donc, et précisons :

L'homme trouve en lui, en naissant, un principe propre d'action (n° 28, §§ I, II) dont les passions et la raison peuvent, tour à tour, exciter et tempérer la vivace énergie, mais que rien ne peut supprimer. — C'est l'activité qui l'agite, — la *volonté*.

Pour les fonctions, rien de pareil. — En elles, point de principe propre d'action, point de volonté, ni de liberté ; — mécanismes artificiels que la société organise et qu'elle peut briser, tout en elles est subordination ; leur droit naturel, c'est la *dépendance* (n° 28, § x). — En pourrait-il être autrement ? — La soumission hiérarchique des fonctions n'est-elle pas et n'a-t-elle pas toujours été la condition essentielle des gouvernements et de l'existence politique des États.

Organismes inertes par eux-mêmes, instruments passifs et créatures du pouvoir (n° 28, § VIII), les fonctions ne peuvent évidemment avoir, dès lors, plus de droits que leur principe, et ne sauraient avoir des devoirs en dehors de leur but (n° 28, §§ x, XI, XII). — La société étant d'autre part leur force motrice, c'est d'elle seule que leur vient la vie, le mouvement et l'autorité ; — par elle, tout ; hors d'elle, rien.

En conséquence, si pour le citoyen le droit est la *liberté* de

¹ Qu'on ne se méprenne pas ici sur le sens du verbe *constituer*. — La société est bien en principe de droit naturel, nous l'avons dit, mais ses formes sont de droit positif et d'institution humaine ; ce sont les hommes qui constituent les États.

faire ce qui n'est pas défendu par l'intérêt général, il est au contraire, pour les fonctionnaires, la *nécessité* d'agir suivant l'utilité générale, de faire en d'autres termes ce qui est ordonné dans le cercle spécial de leurs attributions. — Le *droit* pour eux se confond avec le *devoir*, et son accomplissement n'est rien autre chose que le *service* (n° 28, § x).

Le droit social se développe ainsi; on le voit sur deux lignes presque parallèles :

Sur l'une, l'activité des citoyens l'exerce *librement* dans les conditions de leur existence;

L'énergie des fonctions le réalise *passivement* sur l'autre, dans la ligne de leur mission respective.

— Et pour préciser plus encore, en opposant formule à formule, nous définirons

LE DROIT INDIVIDUEL DES CITOYENS : — LA LIBERTÉ D'AGIR SUIVANT LA RAISON ET LA JUSTICE; — et

LE DROIT FONCTIONNEL : — LE DEVOIR OU LA NÉCESSITÉ D'AGIR SUIVANT LE BUT ET LA DÉLÉGATION DU POUVOIR SOCIAL.

De là à définir le droit comme science, il n'y a qu'à concevoir un ensemble de règles conformes à la raison et à la justice, *contenant et dirigeant*, dans la ligne de l'*utilité sociale*, les activités individuelles et le mécanisme des fonctions², et l'on comprendra, sans peine alors, que si le *droit naturel* diffère du *droit positif*³, il ne saurait lui être opposé, puisque ce dernier, réalisant la justice pratique dans les relations humaines, n'en peut être que la traduction civilisée, et qu'ils sont entre eux dans les rapports d'un programme à ses développements, des institutes aux Pandectes.

¹ M. Laferrière a défini le droit, dans son sens général, « la raison appliquée aux rapports naturels, politiques et civils de l'homme en société. » Cette définition, pour être claire, exigerait la définition de ce qu'on entend par *rapport* et par *raison*.

² C'est ce qui fait dire à M. Oudot que le droit est la direction des actions humaines au point de vue du juste et de l'utilité sociale.

³ Sur le droit naturel opposé au droit positif, V. M. Oudot, *Philosophie du droit*.

DE LA LOI.

30. Au point où nous sommes parvenus, il sera facile de déduire logiquement de l'idée du *droit* l'idée qu'emporte avec elle l'expression générale de *LOI*, — et dans cette analyse, ainsi que dans la précédente, nous nous placerons, tour à tour, en regard des mêmes situations (n° 28 *in fine*).

I. — DE LA LOI DANS SON SENS ABSOLU.

Dans son sens le plus absolu, l'idée de la loi pourrait se concevoir, avec Montesquieu, dans cette *nécessité de rapports qui dérivent de la nature même des choses*¹, s'il nous était donné d'en connaître à fond la fin suprême et la cause. Mais la *loi* se confondant ici avec la source même de la vie, le principe de tout droit, la raison de toute justice, DIEU, la *science juridique* doit s'incliner et laisser à la *théologie* la contemplation sublime de cette *nécessité* éternellement féconde de *rapports infinis*, pour se retourner vers l'être perfectible et sociable, L'HOMME, afin de déterminer dans ses relations individuelles les règles pratiques de sa liberté, la réalisation de la justice sociale, en un mot, les *lois* coercitives du *droit relatif*.

II. — DE LA LOI DANS SON SENS RELATIF.

Les *lois* coercitives du *droit relatif*! — A ce point de vue moins élevé, les distinctions précédemment établies se reproduisent; — superposant partout le droit, la loi veut être dès lors, comme lui, examinée en présence des mêmes réalités juridiques, à savoir, les *citoyens* et les *fonctionnaires*. — C'est à ces deux pôles de la société qu'il faut, en effet, saisir l'idée intime de la loi, afin d'en apprécier le véritable caractère.

A. — De la loi par rapport aux citoyens.

Le droit (n° 29, § 1) est un *pouvoir d'action*; sa plus haute expression est donc l'*omnipotence*, la puissance infinie, sans limites, dont la force est partout et la résistance nulle part. —

¹ Voir, sur la définition que Montesquieu donne de la loi, la note de la page 279, où nous rapportons l'opinion de M. Laferrière.

S'il fallait à cette hauteur placer le droit de l'homme, de cet être restreint dont chaque pas heurte une borne, que resterait-il donc à Dieu ?

L'homme est essentiellement fini dans son corps et dans sa pensée, la matière termine l'un et l'infini enserme l'autre. — Le droit, cette manifestation active d'une énergie bornée, pourrait-il bien être d'une nature différente de celle de ses éléments générateurs, serait-il la toute-puissance ? — Il serait absurde de le croire et non moins absurde de vouloir démontrer le contraire, — l'évidence ne se prouve pas.

On ne saurait donc se faire une idée exacte de la nature et de l'étendue de ce pouvoir *dé-terminé* que par la connaissance de ses *limites* ; on ne peut même nettement le *dé-finir* que par elles, et c'est jusqu'à elles que l'analyse doit pousser pour saisir le concept véritable de la loi.

La *limite* d'une puissance *physique* ou *organique* se rencontre, on le sait, au point où son *impuissance* commence, où son déploiement et sa réalisation deviennent *effectivement impossibles*. — L'IMPOSSIBLE est ainsi tout d'abord, pour l'homme, une *limite* de son droit ou pouvoir *organique* et *physique*.

S'il est d'autre part vrai que la limite d'une puissance *morale* se rencontre au point où sa réalisation devient *immorale*, c'est-à-dire, *moralement impossible*, les IMPOSSIBILITÉS MORALES, L'IMMORAL, en un mot, est donc aussi pour l'homme une *limite*, la limite de ses *droits moraux*.

Si la limite enfin d'une puissance sociale se rencontre également au point où sa réalisation devient *anti-sociale*, c'est-à-dire, *socialement impossible*, les IMPOSSIBILITÉS SOCIALES forment nécessairement encore des *limites* de la liberté de l'homme, les limites de ses *droits sociaux*,

C'est ainsi que sur la triple voie que lui ouvre la vie, l'homme trouve des *impossibilités physiques, morales et sociales*, contre lesquelles sa puissance d'action se brise, et au delà desquelles son droit s'arrête anéanti.

Se pousse-t-il en effet *hors* du centre de gravité, du point d'appui de sa force physique, il excède les conditions de la *statique* et de la *dynamique*, il tombe et cesse de réagir. — *Loi physique*.

Se place-t-il en *dehors* de l'estime de lui-même ou des autres

par un acte *immoral*, il tombe à la fois sous les remords de sa conscience et sous le mépris public. — *Loi morale*.

Se met-il enfin *hors* du droit social par une *action hostile aux intérêts généraux*, la vindicte publique l'atteint, et la force collective, réagissant contre les excès de la force individuelle, condamne sa violence, et la justice la punit. — *Loi sociale*.

En *sortant de son droit*, en abusant de son pouvoir d'action, l'homme rencontre donc partout et toujours un contre-pouvoir qui détermine, négativement il est vrai, les actes que la liberté *ne peut* ou *ne doit pas* se permettre : — ces prohibitions dont la société, la morale et la nature ont tour à tour sanctionné, par des *peines*¹, la force obligatoire, c'est ce qu'il faut entendre et c'est ce que nous entendons ici par ce terme : — LA LOI.

Qui dit LOI relativement à la liberté individuelle des *citoyens*, dit, en conséquence, *restriction, prohibition, limite*².

La loi circonscrit et manifeste le droit, mais, quoi qu'en aient pensé certains publicistes³, elle ne le produit ni ne le constitue : — l'activité humaine en fait seule le fond, le *substratum*, comme dit l'école; et si la législation trace les lignes de sa direction, la configuration de son domaine, et devient ainsi la *forme* visible de sa puissance, ce n'est pas à dire qu'elle en soit le principe générateur; loin de là, car la *forme* n'est pas un élément de la *substance*, et l'Être, dans l'ordre des choses, est nécessairement *supérieur et antérieur* à ses propres déterminations⁴.

¹ Peine naturelle, la douleur, la mort; — peine morale, le remords, la déconsidération publique; — peines sociales, les peines édictées par les lois positives.

² Dans ce sens, l'idée de la loi repose essentiellement sur un retranchement, un sacrifice que la liberté individuelle subit pour mieux assurer l'inviolabilité de son droit; dire dès lors qu'une loi est contraire à la liberté naturelle, c'est simplement dire que c'est une loi, puisque c'est le propre des lois de ne s'établir qu'aux dépens de la liberté. — Bentham, *loc. cit.*

³ Et notamment Bentham, qui, faute d'être remonté à l'idée première du droit et des droits, les a considérés comme le résultat, le produit et la création des lois. — V., à ce sujet, ce que nous avons dit page 236, note 2.

⁴ Néanmoins cette antériorité et cette supériorité que l'esprit conçoit et constate sur les sommets de l'abstraction, sont des réalités par elles-mêmes insaisissables : le droit étant à la loi ce que le cercle est à la circonférence, on ne saurait, en effet, la comprendre sans lui, non plus que lui sans elle. — Inscrit dans la loi, elle le confine, le définit, et voilà tout; — mais elle ne le constitue pas. — Cette observation n'est pas, nous le croyons du moins, sans avoir son importance.

Que l'idée du *devoir* s'ajoute maintenant au sentiment que nous avons du droit ainsi délimité, et la loi spécifiera la *justice* positive dans les relations individuelles, en décrivant les règles pratiques des droits et des devoirs de tous.

Telle est la loi : — Milieu tracé comme la limite juste de la liberté, voie sociale suivant laquelle les citoyens ont à diriger leur pouvoir d'agir, elle se présente, au point de vue où nous nous sommes ici placés, avec un caractère particulièrement *négalif*; toutefois, comme elle détermine *ce qui reste permis* par ce qu'elle défend, elle implique en même temps une force virtuelle de *direction positive*, une certaine action RÉGULATRICE qu'il importe de constater, en passant, pour justifier la définition suivante, que la jurisprudence tient de la philosophie, et qu'on doit ici accepter avec tout le monde :

LA LOI EST LA RÈGLE DE CONDUITE DE LA LIBERTÉ, LA LIGNE POSITIVE DU DROIT.

C'est ainsi que de la nature de l'homme découlent les idées du *droit*, de *devoir* et de *loi*.

B. — De la loi par rapport aux fonctions.

La loi, venons-nous de dire, est une *règle de la liberté*. Cette définition, si exacte qu'elle paraisse, ne nous donne cependant qu'un des côtés de l'idée sur laquelle porte notre système de rédaction législative; on nous permettra donc de vouloir la compléter, afin de n'avoir pas à reprendre plus tard les principes en sous-œuvre; — s'ils sont faux, tout sera faux; tout sera vrai, s'ils sont vrais; de la justesse du point de mire dépend la certitude de la conclusion.

Nous venons d'étudier la loi au regard de la liberté des citoyens, il nous reste à la considérer sous le rapport du *droit social des fonctions*.

La société est une agrégation d'activités, un état d'union, dont une direction complexe gouverne et sollicite les éléments constitutifs, les citoyens et les fonctionnaires (28, §§ VI, VII, IX).

Pendant que les uns ne sont préoccupés que d'exercer librement leurs droits, les autres ne sont occupés qu'à en protéger l'exercice régulier et le développement normal, en exécution du but dont ils ont accepté les obligations fonctionnelles (n° 28, § XI). — Il suit de là que les citoyens ayant un pouvoir

propre d'action, ont la libre disposition de leurs facultés et le libre choix des moyens légaux de les satisfaire, tandis que les fonctionnaires n'ayant qu'un pouvoir *d'emprunt* dont l'autorité cesse où leur mission finit, ne peuvent agir que dans le cercle borné de leurs attributions particulières.

Délégation hiérarchique et nécessaire de la force politique, les fonctions n'ont ainsi d'autres raisons d'être et d'autre légitimité que leur utilité, et d'autres pouvoirs que leurs devoirs en vue de leurs fins respectives (n° 30, § II, B); — en elles donc, rien de libre; tout est déterminé par la loi de leur institution.

Créations et moyens de la loi, les fonctions n'existent d'ailleurs que par elle. — Elles ne reçoivent que d'elle seule le principe et la limite de leur autorité. — C'est la loi qui seule, en effet, en organise les ressorts, la direction et les mouvements; elle en est la vie, elle en est l'âme.

C'est cette nature artificielle et presque mécanique des fonctions, cette inertie originaire, cette *activité commissionnée* qu'il faut bien comprendre pour régler le jeu de leurs actions et déterminer le caractère des formules rationnelles, par lesquelles le législateur aura à diriger leur énergie.

La loi, pour les fonctionnaires surtout, sera donc bien, il est vrai, toujours *une règle de conduite* ainsi que pour les citoyens, mais au lieu d'être *directrice* par voie de *prohibition* et de *restriction*, elle sera essentiellement *directrice* par voie d'*incitation* et d'*impulsion*. — A eux, mais à eux seuls, elle pourra s'adresser par des *impérations* et des *ordres*¹; et tout ce qui, dès lors, ne leur *sera point par elle expressément ordonné, restera pour eux implicitement défendu*. — Sous ce point de vue la loi apparaît comme un *mandat impératif et strict*, en dehors duquel commence l'excès de pouvoir, le néant ou l'arbitraire. — Nous demandons qu'on ne l'oublie pas.

31. En résumé, et d'une manière générale, on peut dire que la loi est une règle de raison, de justice et d'utilité, dont la liberté des citoyens doit respecter les *prohibitions* et les fonctions, exécuter les *ordres*. — Règle négative d'action avec les

¹ La loi ne pourra s'adresser aux non-fonctionnaires, par impérations, que lorsque, par le fait d'une nécessité sociale, le citoyen se trouve, comme tel, exercer une fonction publique, ou agir avec un caractère public au nom de l'intérêt social. — V. au chapitre IV *suprà* ce que nous disons à ce sujet.

uns et règle positive de direction pour les autres, la définition qui en a été donnée se complète en ajoutant que *c'est une règle de conduite de la liberté et des fonctions en vue de la justice et de l'utilité sociale.*

Et maintenant, si, pour simplifier et répondre à la pratique des choses, nous concevons une autorité régulièrement investie de la mission de déterminer la ligne utile et juste, que les activités sociales auront à suivre dans l'intérêt général, il sera facile de substituer, dans la définition précédente, la notion de ce pouvoir, aux termes indéfinis *de raison et de justice*, et la LOI, sous ce nouvel aspect, se présentera comme UNE RÈGLE MORALE FORMULÉE PAR L'AUTORITÉ POLITIQUE, DÉPENDANT AUX CITOYENS LES ACTES CONTRAIRES ET ORDONNANT AUX FONCTIONNAIRES LES ACTES UTILES A L'ACCOMPLISSEMENT DU BUT SOCIAL.

Cette définition est exacte et complète : — Rigoureusement déduite de la nature même de l'homme et de la société, la philosophie la proclame, la politique l'accepte, et la science juridique va la justifier par la plume de tous ses interprètes.

CHAPITRE III.

DU DROIT ET DE LA LOI AU POINT DE VUE DE LA SCIENCE JURIDIQUE.

32. Du droit et de la loi au point de vue juridique et de sa confection politique.
33. Définition de la loi d'après les anciens jurisconsultes de Rome. — Papien, Marcién, Démosthène, Cicéron.
34. De la loi comme émanation de l'autorité politique. — Du rôle et de l'influence du pouvoir dans l'exercice de la puissance législative.
35. En Grèce. — Le sénat, le peuple et les nomothètes concourent à la formation des lois à Athènes; — les époures à Sparte.
36. A Rome. — La loi est l'expression de la volonté du peuple assemblé en *comices centuriates*. — Des *plébiscites*, des *senatus-consultes*. — Déplacement de l'autorité législative. — Les empereurs. — *Constitutiones*, *placita*, *mandata*.
37. Législation de l'Église. — Constitution démocratique de l'Église primitive; les fidèles réunis votent les *canons*. — Constitution démocratique : — les synodes et conciles, composés de clercs, absorbent le pouvoir législatif ecclésiastique. — Constitution monarchique : — le pouvoir législatif est confié au pape. — Décrétales, bulles, brefs.
38. Législation barbare. — En Germanie : — la coutume, loi féodale. — Le *mallum*, réunion des barons, fait la loi générale.
39. Législation française. — La loi est la délibération des leudes au Champ-

de-Mars. — Les maires. — Charlemagne. — Raffermissement de la royauté. — La loi est au roi. — Intervention des états généraux dans la confection des lois. — De la monarchie absolue. — Si veut le roi, si veut la loi. — Idée de la loi chez les jurisconsultes; définition de Montesquieu.

40. De la loi en France de 1789 à 1852. — Constitutions du pouvoir législatif; ses modifications historiques. — Définition de la loi par les jurisconsultes modernes : Zachariæ, Marcadé, Dalloz, Demolombe.
41. Définition rationnelle de la loi comme PRINCIPE FONDAMENTAL du système de rédaction législative.

32. Nous venons d'assister à la génération de l'idée de la loi se dégageant dans la conscience humaine sous l'action mystérieuse des sentiments innés de la justice et du droit; — serait-il indifférent de pousser plus avant notre analyse, d'étudier le droit dans sa forme réelle comme émanation positive de l'activité sociale, d'interroger sur ce point la raison écrite des prudents et des sages, et de suivre dans nos propres annales les progrès de l'autorité coercitive des lois, ainsi que de leur confection politique?

Assurément cette étude serait incomplète si nous laissions dans l'ombre ce côté pratique, par où le *droit* se manifeste et devient la *législation*¹.

33. Lorsqu'à cette question : qu'est-ce que la loi? le génie de la méditation évoque les grandes ombres du passé, les pères de la science du droit apparaissent les premiers sur les hauteurs de la pensée, et voici quelles sont leurs réponses : — Le Digeste nous les a conservées (*Dig.*, liv. L).

Papinien.

« La loi est un précepte commun, une décision portée par les prudents, la punition des crimes volontaires et involontaires, et une obligation contractée par toute la nation. »

Cette opinion du grand jurisconsulte trahit le souvenir de la lutte des patriciens et des plébéiens, le sentiment naissant de l'égalité civile, *præceptum commune*, l'importance des prudents et la constitution nationale. — C'est la loi de l'époque populaire (n° 24, § 2).

¹ Au point de vue juridique où ce chapitre nous place, le droit, comme abstraction, s'efface et se confond avec la législation; il ne peut donc être ici question que de la loi. — Voir, pour la définition du droit par les anciens jurisconsultes, le n° 20 ci-dessus, p. 236.

Marcien.

« L'orateur Démosthène la définit ainsi : — La loi est ce qui » exige l'obéissance de tous par plusieurs raisons, et principa- » lement parce que toute loi est un *présent des dieux*, qui en » sont les auteurs, et parce que c'est la résolution prise par les » sages. Elle est la punition des crimes volontaires et involon- » taires, une obligation *contractée par la nation*, d'après laquelle » tous ceux qui vivent dans son sein doivent régler leur con- » duite. »

L'élément religieux de l'époque primitive (n° 22) transpire dans cette définition à côté du sentiment national de l'indépendance athénienne, et l'orateur y laisse entrevoir aussi, mais vaguement, l'idée rationnelle de la loi comme règle supérieure de conduite.

« Et Chrysippe, l'un des plus fameux stoïciens, ajoute Mar- » cien, commence ainsi son livre des lois : — La loi est la reine » des choses divines et humaines ; elle doit présider aux bons » et aux mauvais ; elle est la règle des justes et des pervers et » de tous les êtres qui ont la vie civile ; elle *ordonne* ce qu'il » faut faire et *défend* ce qu'il faut éviter. »

Démosthène parle en citoyen d'un peuple religieux et libre, le stoïcien en philosophe qui pressent la vérité du droit.

Cicéron (*De Republicâ*).

L'orateur romain, dans son traité de la République, résume enfin tout ce que le monde antique a pensé de plus beau sur les lois et sur le droit.

« Il est une loi vraie, droite raison, conforme à la nature, » écrite dans le cœur de tous, qui *n'ordonne* pas en vain les » choses justes et ne *défend* pas sans raison les actes injustes ; » puissante sur les bons, elle se fait entendre aux méchants » sans les persuader. On ne peut ni l'infirmier par une autre » loi, ni en rien retrancher, ni l'abroger tout entière ; — ni le » peuple ni le sénat ne peuvent se dispenser d'y obéir. — Elle » est à elle-même son interprète ; elle ne sera pas autre dans » Rome, autre dans Athènes, autre aujourd'hui, autre demain. » — Partout, dans tous les temps, règnera cette loi immuable » et sainte, et, avec elle, Dieu, le maître et le roi du monde, » qui l'a faite, discutée et sanctionnée. — La méconnaître, c'est

» s'abjurer soi-même, fouler au pied la nature et s'infliger par
 » cela seul la plus cruelle punition, quand même la justice hu-
 » maine n'aurait pas d'autres supplices. »

Demandez après cela s'il existe un droit *naturel* et doutez de
 la loi *morale*.

34. La loi positive est donc un *précepte commun, expression de la raison, règle de conduite exprimée par les sages et acceptée par la nation*. Voilà comment on comprenait la loi dans l'antiquité, dans ces Républiques où la raison d'État l'emportait sur le sentiment de la justice et du droit sacré de la liberté individuelle (n° 24, § 2).

Exprimée par les sages, acceptée par la nation, ce côté positif de la loi nous ramène à l'étude de sa confection politique, sous le rapport de l'autorité chargée de la manifester et de la formuler.

35. **EN GRÈCE.** Les premiers législateurs, ainsi que l'indique Demosthène, furent les dieux, puis les sages, Osiris, Minos, Lycurgue, Solon (n° 22), prêtres, savants et poètes, ils rédigent à la demande des pieuses bourgades les préceptes de justice et de morale du droit sacerdotal.

Les rois, les patriciens et le peuple interviennent ensuite, la législation prend un nouveau caractère, et le mode de sa confection varie alors suivant les temps et les lieux et la forme politique des empires.

A Athènes, le sénat, le peuple et les nomothètes¹ concourent à sa formation ; à Sparte, monarchie démocratique, ce sont les deux rois, les anciens et les éphores qui régèmentent, par leurs décisions, la direction du gouvernement, sous la constitution immuable de Lycurgue².

36. **ROME.** — A Rome, la résolution prise par le peuple assemblé en comices centuriates, *centuriatis comitiis*, sur la pro-

¹ Les nomothètes étaient des magistrats choisis pour surveiller l'exécution des lois ; ils les préparaient en même temps. Comme ils étaient nommés par le peuple, c'était le peuple qui, par leur intermédiaire, provoquait l'amélioration des lois.

² Tout immuable que fût la législation de Lycurgue, elle n'était pas tellement universelle que son exécution pût se dispenser de lois spéciales pour faire face aux situations imprévues, telles que les déclarations de guerre, les alliances, etc., etc.

position d'un magistrat de l'ordre des sénateurs, recevait seule le nom de *lois*. — Ce que décidait la *plèbe* ou plébéiens *in comitiis tributis*, sur la motion d'un tribun, s'appelait un *plebiscite*. — Les délibérations du sénat seul étaient qualifiées *sénatus-consultes*, et n'obligeaient que les patriciens.

Mais l'empire de la loi prend peu à peu une plus large base avec une tendance marquée vers l'unité du pouvoir législatif : — En 468 de Rome, une certaine *loi Hortensia* décida que les plebiscites qui jusqu'alors n'obligeaient que les plébéiens, obligeraient à l'avenir tous les Quirites, *ut plebiscitis omnes Quirites tenerentur*. — Le pouvoir législatif, qui, à partir de cette époque, se manifesta indifféremment par *leges* et *publicita*, fut réellement exercé par les assemblées populaires, même sous l'empire, jusqu'au règne de Claude, en 807 de Rome.

A dater de ce moment, le peuple ne fut plus législateur qu'en théorie constitutionnelle, car l'exercice de son pouvoir se concentra successivement, d'abord entre le sénat et l'empereur, et plus tard exclusivement entre les mains de l'empereur.

L'histoire explique très-bien comment ce déplacement du pouvoir législatif eut lieu sans secousse, grâce à une certaine *loi Regia*, sur l'existence et la portée de laquelle on a beaucoup discuté. — Quoi qu'il en soit, la loi, par ce fait accompli, ne fut plus que la volonté du prince, *quod principi placuit legis habuit vigorem*, et les actes, qui manifestèrent à cet égard leur autorité, prirent, suivant les cas et les espèces, les noms de *placita*, *constitutiones*, *decreta*, *mandata* et *rescripta*¹.

37. L'ÉGLISE. — Rome ne devait pas perdre de sitôt le prestige qu'elle devait à son génie plus encore qu'à la fortune de ses armes. Le christianisme lui préparait un droit nouveau et une puissance nouvelle. — Ce droit, qui vint le disputer en

¹ Les usages anciens, *mores majorum*, ainsi que les *responsa prudentum*, formaient avec les lois, les plebiscites et les sénatus-consultes, les principales sources du droit romain. — Ces *responsa prudentum* avaient pris une telle importance, qu'après Auguste, qui avait autorisé un certain nombre d'entre eux à donner par écrit des consultations en son nom, Adrien voulut que les avis de ces prudents brevetés eussent force de lois (*legis vicem*) lorsqu'ils seraient unanimes ; et en cas de conflit, l'opinion de Papinien devait prévaloir. — V., sur le *jus honorarium*, sur le *jure gentium* et les autres sources du droit romain, MM. Ortolan, *Institutes* ; et Giraud, *Histoire du droit romain*.

influence à l'ancien droit, présente, par sa confection, à peu près les mêmes phases.

Dans l'origine, les fidèles assemblés votaient en commun les règles de leur discipline intérieure et extérieure. — Ces règles appelées *canon*, du grec κανών, furent les premiers actes de cette législation qui, pour cette raison, s'appela *canonique*.

Mais l'Église, ayant obtenu de Valentinien III le droit de juger les procès, en 452, de *juge* qu'elle fut alors se fit peu à peu *législatrice* pour régler l'organisation judiciaire et la procédure de ses tribunaux, et la *forme démocratique* disparut; — une hiérarchie *cléricale* se forma en caste distincte des *laïques*. La constitution de l'Église devint *aristocratique*.

Le pouvoir législatif se concentre à cette époque dans ces assemblées connues sous le nom de *synodes* et *conciles*, où le clergé, siégeant seul, décidait du dogme et dictait des lois à la chrétienté. — Au VIII^e siècle cependant, la forme *monarchique* l'emporte, l'évêque de Rome est proclamé, sous le nom de *pape*, chef suprême de l'Église et seul représentant visible de Jésus-Christ sur la terre. — Ce fut la loi *Regia* de l'Église — dès lors *quod papæ placuit legis habuit vigorem*. Les ordonnances du saint-siège, appelées *décrétales*, *bulles* ou *brefs*, formèrent, avec les *canons* des *conciles*, la législation ecclésiastique, *urbis et orbi*¹.

38. LÉGISLATION BARBARE. — Avec les aigles romaines des derniers Césars, passons le Rhin et franchissons les siècles. — Chez les Saxons et les Germains nous rencontrons d'abord une législation toute coutumière, produit spontané des usages, sur la formation de laquelle l'autorité publique n'eut certainement qu'une influence médiocre. — Mais l'action successive ou même simultanée des constitutions impériales et des lois canoniques, ayant modifié plus tard l'organisation de ces peuples guerriers, le *droit féodal*, sans lequel on ne pourrait comprendre le monde moderne, vint donner à leur législation une physionomie et des sources nouvelles².

Toutefois, chez eux comme à Rome, et dans l'Église, la loi

¹ V., sur le droit canonique, les *Institutes* de Lancelot, traduites par Durand de Maillane. Lyon, 1770.

² V., sur la législation barbare et la législation féodale, Savigny; Montesquieu, l. XXVIII, ch. 29; Lermier, *Philosophie du droit*, p. 132, et les auteurs qu'il cite.

générale ne reçoit sa force obligatoire que de l'autorité; mais ici l'autorité est si diverse qu'on ne saurait, en vérité, où la trouver. — L'aristocratie féodale ne compte-t-elle pas autant de législateurs que de bourgs et de châteaux? — *Tout seigneur est maître en sa terre, et il n'est pas de terres sans seigneurs.* — C'est le régime de la conquête; — le vainqueur a groupé autour de lui ses fidèles, il leur a distribué en fiefs les terres conquises, et chacun d'eux, ne relevant que *de Dieu et de son épée*, asservit à la glèbe le vaincu qu'il a épargné. — Le principe du droit, pour de tels hommes, étant la *Force*, l'autorité souveraine devait, à leurs yeux, résider dans la réunion des hommes *forts*; aussi la résolution du *mall* ou *mallum*, c'est-à-dire de l'assemblée des barons au Champ-de-Mars, pour reconnaître la coutume, est-elle la seule *loi générale* que reconnaissent les hommes libres et leurs vassaux.

En vertu encore de la loi *Regia*, cette autorité législative passa insensiblement aux empereurs en Allemagne.

39. EN FRANCE. — En France, sous les Mérovingiens, la loi fut une décision délibérée par les Leudes et adoptée au champ de Mars; elle s'y recevait comme un pacte national, *pactum legis salici*.

Les maires du palais absorbèrent plus tard cette puissance législative, mais Pépin, ayant rétabli les diètes nationales au champ de Mai, restitua à la loi son ancien et premier caractère.

Charlemagne élargit le cercle de la diète et y admit les personnes non privilégiées; les lois sont votées par des *chapitres* réunis au quartier général de l'armée, et se nomment, pour cela, *capitulaires*.

Sous ses successeurs, la loi se fait encore *consensu populi et constitutione regis* (V. Capitulaire de Charles le Chauve); l'autorité était toujours au roi.

Mais voici que la féodalité grandit aux dépens de la royauté, dont elle divise et restreint le pouvoir. — le roi seigneur souverain sur ses terres n'est plus que le seigneur suzerain des autres fiefs.

Sous Hugues Capet, la monarchie se transforme et se constitue en une espèce de gouvernement fédéral, et c'est alors que, pour l'application, on distingue les pays d'*obéissance le roi* et ceux de

hors l'obéissance le roi, et que « la loi que faisait le monarque » n'avait force chez les barons que lorsqu'elle était souscrite et » scellée par eux¹. »

Cet état de choses fut de courte durée. — La royauté raffermir insensiblement l'unité de son pouvoir, et, par l'affranchissement des communes et l'influence habilement favorisée des parlements, affaiblit peu à peu l'aristocratie féodale. — Commencée d'une manière énergique par saint Louis, l'œuvre se trouve déjà bien avancée sous Charles le Bel. — Des ordonnances générales portent, dès cette époque, cette formule souveraine : *En vertu de la plénitude de notre puissance*.

De là à ce qu'elles soient *l'expression de la volonté nationale*, par l'intermédiaire des assemblées démocratiques de la première révolution, se placent l'intervention des états généraux dans la confection des lois permanentes et générales², la résistance des parlements, ces autres *états généraux au petit pied* qui empiétèrent plus d'une fois sur le pouvoir législatif, les soulèvements de la fronde, la gloire du grand règne, la régence et ses excès; époques mémorables ou funestes, pendant lesquelles la loi détournée de son cours devient trop souvent *l'expression du bon plaisir*.

Et cependant alors l'idée supérieure de la loi, le sentiment du droit qui disparaissaient en haut, sous l'empire du caprice et de l'arbitraire, n'avaient rien perdu de leur puissance et de leur éclat dans l'esprit de cette immortelle pléiade de jurisconsultes, qui fit revivre en France les beaux jours de Papinien. — Alciat, Cujas, Donneau, Dumoulin, l'Hospital, Domat, d'Agues-

¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 29.

² « Quand les roys veulent donner des lois perpétuelles, dit Guy Coquille, » importantes à l'état du royaume, ils ont accoutumé de convoquer les trois » ordres de leur peuple qu'on appelle *états*, qui sont l'Église, la noblesse et » les bourgeois, dits tiers état; — et après avoir ouï les orateurs de chacun » ordre et avoir reçu leur cahier, le roy ordonne loys qui sont dites loys faites » par le roy tenant ses états, qui sont loys stables et permanentes, et qui, » par raison, sont irrévocables, sinon qu'elles soient changées en pareille » cérémonie de convocation d'état. » — Cette représentation nationale des États disparut sous le despotisme de Richelieu et de Louis XIV; ils n'avaient plus été réunis depuis 1614, quand furent convoqués ceux de 1789.

³ Il s'était introduit une coutume suivant laquelle les ordonnances royales n'obtenaient force obligatoire dans le ressort d'un parlement qu'après avoir été vérifiées et enregistrées par ce parlement, qui souvent s'y refusait ou ne les vérifiait qu'après les avoir modifiées. (V. n° 10, *in fine*, note.)

seau, Pothier, etc., n'étaient pas les interprètes et les approbateurs serviles du bon plaisir; ils savaient la justice, ils en avaient conservé le feu sacré, et plus d'une fois ils en imposèrent les arrêts au nom des droits éternels de la morale et de l'humanité.

La conscience forte, mais incomplète, de l'idée de la loi s'était réfugiée dans ces grandes intelligences; elle a rayonné de leur front dans tous les esprits, jusqu'à nous.

Les uns la définirent, avec saint Thomas, « une certaine règle » et mesure d'action, par laquelle on est incité ou empêché » d'agir, — *dicitur enim lex quia obligat ad agendum.* »

Aux autres elle apparut comme la manifestation *du droit par l'autorité souveraine.*

Pour tous elle fut, ainsi que le remarquait plus tard le grand Portalis, « moins un acte de pure puissance qu'un acte de sagesse, de justice et de raison. »

Sortant seul des sentiers battus, et s'élevant au-dessus des choses humaines jusqu'à la divinité, pour saisir l'esprit des lois qui régissent le monde, Montesquieu laisse tomber, de toute la hauteur de son génie, cette pensée dont on a contesté la grandeur quand on ne l'a pas bien comprise¹, « Les lois, il ne dit pas la loi, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature même des choses. » Newton n'eût pas critiqué cette définition.

Plus loin, le célèbre publiciste précise; il descend des sommets absolus où il avait entrevu les lois des phénomènes cosmi-

¹ M. Laferrière explique de la manière suivante la pensée de Montesquieu : « Si les choses ont des rapports entre elles et des rapports nécessaires résultant immédiatement de leur nature, elles ont des lois nécessaires auxquelles elles sont inévitablement soumises, puisqu'elles ne peuvent dévier ni changer de nature..... Entre les différents corps qui se meuvent dans l'espace avec une admirable régularité, il y a des rapports qui dérivent de leur masse et déterminent leur action réciproque. Ces rapports, nécessaires parce qu'ils dérivent de la nature des choses créées, sont des lois immuables, les lois de l'attraction, qui régissent l'univers et maintiennent son harmonie..... De même les rapports qui existent entre notre organisation et les choses extérieures, l'atmosphère par exemple, sont quelquefois d'une telle nécessité, que si on suppose l'homme privé d'air ou plongé dans une atmosphère tout à fait corrompue, il mourra nécessairement. La nature établit donc entre les êtres des rapports qui sont pour eux les lois de leur existence, et des lois tellement nécessaires, que l'œuvre de la nature est détruite si ces lois sont violées. » (*Droit public*, t. I, p. 15, 16, 17.)

ques, de la gravitation universelle et celles des mystérieuses énergies de la vie, et dit : « La loi est en général la raison » humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre, » et les lois politiques de chaque nation ne doivent être que les » cas particuliers où s'applique cette raison humaine. » — C'était confondre la législation avec son principe.

40. Et depuis a-t-on mieux compris la nature et le caractère des lois? — Voyons ce qu'en ont dit nos Constitutions, nos Chartes, nos Codes et leurs commentateurs.

CONSTITUTION du 13 septembre 1791. — DÉCLARATION. — Article 6. La loi est *l'expression de la volonté générale*. — Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. — Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

TITRE III. — Article 3. Le pouvoir législatif est délégué à une assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle avec la sanction du roi..., etc.

CONSTITUTION du 24 juin 1793. — DÉCLARATION DES DROITS. — Article 4. La loi est *l'expression libre et solennelle de la volonté générale*. — Elle est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. — Elle ne peut *ordonner que ce qui est juste et utile* à la société; elle ne peut *défendre que ce qui lui est nuisible*.

La Convention réunissait alors tous les pouvoirs, le pouvoir exécutif, *législatif* et judiciaire.

CONSTITUTION du 5 fructidor an III. — DÉCLARATION DES DROITS. — Article 6. La loi est la *volonté générale exprimée par la majorité des citoyens ou de leurs représentants*.

Titre V. — Article 44. Le corps législatif est composé d'un conseil dit des Cinq-Cents (chargé de proposer la loi) et d'un conseil dit des Anciens (deux cent cinquante membres chargés d'approuver ou de rejeter les résolutions des Cinq-Cents).

CONSTITUTION du 22 frimaire an VIII. — Article 25. Il ne sera promulgué de lois nouvelles que lorsque le projet (élaboré par le conseil d'État) en aura été proposé par le gouvernement (les consuls qui, seuls, avaient l'initiative des lois), communiqué au tribunal et décrété par le corps législatif.

Article 28. Le tribunal discute les projets de lois, il en vote l'adoption ou le rejet.

Article 34. Le corps législatif fait la loi en statuant, par scrutin secret et sans aucune discussion de la part de ses membres, sur les projets de lois débattus devant lui par les orateurs du tribunal et du gouvernement.

PROJET DU CODE CIVIL. Livre préliminaire du droit et des lois¹.

Article 1. Il existe *un droit universel et immuable*, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.

Article 6. La loi chez tous les peuples est *une déclaration solennelle du pouvoir législatif* sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun.

Article 7. Elle *ordonne*, elle *permet*, elle *défend* ; elle annonce des récompenses et des peines. — Elle ne statue point sur des faits individuels, elle est présumée disposer non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses. — Elle se rapporte aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité commune des personnes.

CHARTRE du 14 juin 1814. — Article 15. La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés des départements.

Article 16. Le roi propose les lois.

Article 18. Toute loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres.

Article 22. Le roi seul sanctionne et promulgue les lois.

CHARTRE du 14 août 1830. — Article 14. La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés.

Article 15. La proposition des lois appartient au roi, à la chambre des pairs et à la chambre des députés.....

Article 16. Toute loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres.

Article 18. Le roi seul sanctionne et promulgue les lois.

¹ Ce livre préliminaire fut retranché avec raison comme trop didactique. — La loi doit dicter des prescriptions impératives ou prohibitives, et ne pas professer et inculquer des principes. — Mais il est précieux comme preuve de la pensée spiritualiste qui a présidé à l'élaboration du Code civil.

CONSTITUTION du 4 novembre 1848. — *Préambule. II.* — La République française reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives.

Article 20. Le peuple français délègue le *pouvoir législatif à une assemblée unique* (dont les membres ont le droit d'initiative parlementaire, art. 39) (la présence de la moitié plus un des membres est nécessaire pour la validité du vote des lois, art. 40).

Article 49. Le président de la République a le droit de faire présenter des projets de lois à l'assemblée nationale par les ministres.

CONSTITUTION du 14 janvier 1852, *modifiée par les sénatus-consultes* des 7 novembre et 5 décembre 1852. — Article 4. *La puissance législative s'exerce collectivement* par l'empereur, le sénat et le corps législatif.

Article 8. L'empereur a seul l'initiative des lois.

Article 10. Il sanctionne et promulgue les lois et les sénatus-consultes.

Article 25. Aucune loi ne peut être promulguée avant d'avoir été soumise au sénat.

Article 26. Le sénat s'oppose à la promulgation (des lois inconstitutionnelles).

Article 39. Le corps législatif discute et vote (sans amendement) les projets de lois et l'impôt.

Article 50. Le conseil d'état est chargé, sous la direction de l'empereur, de rédiger les projets de lois.

Article 51. Il soutient au nom du gouvernement la discussion des projets de lois devant le sénat et le corps législatif.

Zachariæ.

« La loi est une *règle d'action* à l'observation de laquelle il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique. — *Règle d'intérêt commun émanée du pouvoir social compétent*, d'après la constitution en vigueur à l'époque où elle a été posée » (*Cours et droit civil*, t. I, p. 6).

Marcadé et Dalloz.

La loi est dans le sens le plus étendu *une règle de conduite* imposée par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir — (*Explication du Code Napoléon*, t. I, Introduction).

M. Demolombe.

La loi est une règle établie par l'autorité, qui, d'après la constitution politique, a le pouvoir de *commander*, de *défendre* ou de *permettre* dans toute l'étendue de l'État — (*Cours du Code Napoléon*).

41. Bornons là nos citations; elles suffisent, je pense, pour démontrer que la jurisprudence moderne tourne sur les traces de l'antiquité, dans des cercles déjà bien souvent parcourus, — et que les prudents de nos jours, pas plus que ceux de Rome, n'ont pas encore tout à fait saisi l'idée exacte de la loi.

D'accord avec l'histoire, et en partie avec la philosophie, ils en ont bien, il est vrai, constaté la puissance et l'origine politiques; mais ils n'en ont qu'à demi compris le caractère et la nature, ils n'ont aperçu qu'un des deux éléments soumis à son empire : — *les fonctions*, et ils ont tous plus ou moins méconnu, dans leur définition, l'idée principe du droit et de la loi, à savoir la *liberté de l'homme* dans ses rapports avec l'amélioration de la société.

On peut donc sur ce point rompre sans crainte avec la tradition, et chercher ailleurs la notion de la loi sur laquelle nous avons à édifier notre système.

En conséquence, que ce soit la coutume, César ou les comices qui en aient manifesté l'existence, les lois ne seront à nos yeux vraiment des lois que lorsqu'elles en rempliront les conditions au triple point de vue de leur *origine* positive, de leur *but* et de leurs *moyens*.

Par leur *origine*, elles devront émaner de l'autorité chargée par la constitution du pouvoir législatif¹; par leur *but*, elles devront être *utiles* à la société et par leurs *moyens d'action* rationnelles, c'est-à-dire, n'exiger des forces qu'elles sont appelées à diriger que des actes conformes à leur nature, libre ou subordonnée. — Ces forces sont les *citoyens* et les *fonctionnaires*, et nous savons à ce sujet que le législateur ne peut agir sur la *liberté* individuelle que par voie de *prohibitions*, et qu'il

¹ Les actes du pouvoir constituant ne sauraient être considérés comme des lois, *sensu stricto*. — Nous nous expliquerons plus loin sur cette distinction. V. chapitre IV.

doit par contre inciter, par des *impérations*, l'énergie subordonnée *des fonctions* (n° 30, B).

Ces points admis et rappelés, sauf à en éprouver plus loin l'exactitude, voici la définition que nous croyons pouvoir inscrire ici comme le PRINCIPE FONDAMENTAL et la base juridique de notre système.

LA LOI EST UNE RÈGLE COERCITIVE D'ACTION FORMULÉE ET SANCTIONNÉE PAR LE POUVOIR LÉGISLATIF, A L'EFFET DE DÉFENDRE AUX CITOYENS LES ACTES CONTRAIRES, ET D'ORDONNER AUX FONCTIONNAIRES LES ACTES UTILES A L'ACCOMPLISSEMENT DU BUT SOCIAL.

G. ROUSSET.

(La suite à la prochaine livraison.)

D'UN EXEMPLAIRE DE LA TRÈS-ANCIENNE COUTUME DE POITOU

EXISTANT A LA BIBLIOTHÈQUE DE LA COUR DE CASSATION.

Par M. NICIAS GAILLARD, président à la Cour de cassation.

La coutume de Poitou a été réformée deux fois : la première fois, en 1514; la seconde, en 1559. Longtemps avant ces rédactions officielles, il existait un *coutumier de Poitou*, compilation purement privée, mais témoignage écrit des usages de la province, et qui, à ce titre, était suivi dans la pratique et même appliqué en jugement, sauf, si des doutes venaient à s'élever sur l'exactitude de certaines dispositions, le recours aux enquêtes par *turbes* pour vérifier l'usage contesté.

Cette *très-ancienne* coutume de Poitou avait même reçu les honneurs de l'impression. Chose remarquable, surtout dans ces premiers temps de l'imprimerie, et qui prouve bien l'importance et l'utilité de ce recueil, elle avait été imprimée quatre fois dans le court espace de huit années, de 1500 à 1508! En existait-il une édition plus ancienne encore? et vraiment la première? on ne savait; le souvenir s'en était perdu, même en Poitou. Pourtant cette édition existait; je fus assez heureux pour la retrouver.

Ce souvenir m'est toujours resté agréable. C'était il y a plus de vingt ans, en 1837. Ayant vu dans des notes que m'avait laissées, en mourant, l'un de mes anciens professeurs à la

Faculte de droit de Poitiers , M. l'abbé Gibault , qu'il existait dans la famille de M. Filleau , mort conseiller à la Cour royale de la même ville , un exemplaire fort ancien de la coutume , je priai la fille de cet estimable magistrat , M^{me} Beauché-Filleau , de vouloir bien me communiquer cet exemplaire ; ce qu'elle fit avec beaucoup d'obligeance. Il portait la date de 1486. Parmi nos nombreux commentateurs poitevins , Boucheul , l'un des plus récents , était le seul qui parût avoir eu connaissance de cette édition ; encore n'en avait-il dit qu'un mot. Dumoulin , « à qui rien n'échappait , » en avait eu un exemplaire entre les mains , et il en avait ainsi parlé¹ : « J'ai vu des coutumes de Poitou plus anciennes (que la coutume réformée) , imprimées dès l'an 1486 , quasi tout conformes à la dernière. J'ai vu aussi un vieil costumier du Poitou escript à la main , divisé en cinq livres. » Brodeau ajoute dans une note qui suit celle de Dumoulin : « Lesquels cinq livres ont été rédigés par escript , en exécution de l'ordonnance du roi Charles VII , laquelle est en fin du vieil costumier imprimé en l'an 1486 , et depuis , à Poitiers , chez Jehan de Marnef ; et ce sont les anciennes coutumes que Dumoulin dit avoir vues imprimées en l'an 1486 , n'y en ayant point d'autres². »

Une fois en possession de ce précieux exemplaire , je l'étudiai avec beaucoup d'intérêt. A cette époque , Klimrath , déjà connu par ses Mémoires sur les *Monuments inédits du droit français* , et qui préparait une histoire complète de ce droit , venait de publier , dans la *Revue de législation* , trois articles fort remarquables sur la *rédaction* , la *géographie* et les *dispositions des coutumes*. A propos de la coutume de Poitou , il avait parlé de l'édition de 1486 , mais sans la connaître , et uniquement d'après ce qu'en avait dit Dumoulin. Il semblait même ne pas considérer comme certaine l'existence de cette ancienne coutume ; du moins doutait-il , ainsi que lui-même le déclarait , s'il fallait la mettre au nombre de celles dont la rédaction avait eu lieu en exécution de l'ordonnance de Montils-les-Tours et dans l'attente de la révision annoncée et prescrite par cette ordonnance. La connaissance particulière que j'avais été admis à prendre du précieux exemplaire de 1486 , me mettait à même de donner à ce

¹ Dans une note rapportée au *Coutumier général* , t. IV , p. 776.

² Berroyer et de Laurière ont aussi parlé de l'édition de 1486 , dans leur *Bibliothèque des coutumes* , p. 167.

jeune savant, dont les premiers travaux, déjà d'un grand prix, promettaient bien plus encore dans un prochain avenir, des renseignements utiles sur le fait même de l'existence du *vieil coutumier* et sur cette première édition, maintenant si rare et si peu connue. Je crus pouvoir y joindre le résultat de mes recherches sur l'époque à laquelle remontait la rédaction de ces très-anciennes coutumes.

Ce fut l'objet d'un mémoire que j'adressai à Klimrath, le 9 août 1837. Il était trop tard; Klimrath allait mourir. Déjà ses amis et la science le pleuraient. On respecta ses derniers moments. Mon travail me fut renvoyé. Il n'avait rien de confidentiel; j'en donnai lecture à la Société académique de Poitiers, dont j'étais membre. Cette société le publia dans ses bulletins¹; il n'a point reçu d'autre publicité.

Comme il est peu connu, j'en extraurai le passage suivant, qui est une description exacte de l'exemplaire sur lequel j'avais travaillé :

« C'est un petit in-folio gothique, auquel il manque le titre et le frontispice, mais où l'on trouve, au bas de la dernière page, la mention suivante : « Cy finist le *Coustumier de Poictou*, » imprimé à Poitiers, et correct par maître Loys Prévost², licencié en loix, et par plusieurs aultres bons praticiens de ladite ville de Poictiers, l'an de grâce mil quatre cens quatre-vingts et six. »

» La coutume y est divisée en cinq livres, indiqués en latin au haut des pages : *liber primus*, *liber secundus*, etc., quoique dans le corps de l'ouvrage le titre de chaque livre soit écrit en français, comme tout le reste : le *second livre*, le *tiers livre*, etc. Les chapitres n'y ont point de numéro, non plus que les articles. Au cinquième livre, à la suite du chapitre intitulé *de rachapts*, on lit (f° LXXXVII) une ordonnance d'Alphonse, comte de Poitou³, sur cette matière : « Le comte Alphonse fit, du con-

¹ T. VII, p. 13 et suiv.

² J'ai écrit sur ce *Loys prévost* une notice particulière insérée au Bulletin de la même Société, n° 64, du 1^{er} juillet 1840 au 2 décembre même année, p. 383 et suiv. — M. Minier, dans son intéressante brochure sur *les anciennes coutumes de Poitou* (V. aussi *Revue historique de droit français et étranger*, juillet-août 1856), paraît prendre le mot *prévost* pour la désignation d'une qualité; c'est bien ici un nom d'homme, nom très-commun, du reste, dans l'histoire du Poitou.

³ Frère de saint Louis.

» sentement des barons de Poictou, plusieurs belles ordonnances sur le fait des rachapts, lesquelles sont et doivent être gardées audit pays, et desquelles la teneur s'ensuit. Alphonse, fils du roi de France, comte de Poictou et de Tholose, à tous ceux qui ces présentes verront salut en noustre seigneur. Sachent tous, etc..., ce fut fait et doné en l'an noustre Seigneur mil deulx cens soixante sept, au mois de may. »

Après le texte de la coutume et ce vers latin :

Finito libro sit laus et gloria Christo (Xpo),

» s'ensuyvent les ordonnances faites aux grands jours de Poictou, tenus le dernier jour du moys d'octobre l'an mil quatre cens cinq. » Ces ordonnances n'ont que treize articles. On trouve ensuite des vers latins de Nicolas Horius de Rheims : *Nycholai Horii Remensis ad librum de consuetudinibus pictavorum epigrama*¹. Puis vient l'indication du lieu et de l'époque de l'impression, telle que je l'ai rapportée plus haut.

» Ce livre a une seconde partie qui se compose du texte entier de l'ordonnance d'avril 1453, avant Pâques, par laquelle le roi Charles VII ordonna (art. 125 et deruier) la rédaction et la publication des coutumes; d'une seconde ordonnance datée aussi de Montils-les-Tours, au mois d'avril 1854, après Pâques,

¹ Voici ces vers :

Oro palatinas ædes pernicibus alis
 Ipse petas, magno dignus honore liber.
 Ne rubeas inter dominos tantumque sedile
 Judicis ac summos protinus ire viros.
 Non es pannosus; sed honestâ veste togatus
 Compositam doctâ quam patet esse manu.
 Prestior assurget Gaius tibi, Scevola, Paulus,
 Te citius statuent in graviore loco.
 Lætitiam adventu monstrabunt corpore magnam
 Patroni, et populo gaudia longa feres.
 Multa illic vapiti transfervent certamina rebus.
 Hæc mea res certe est, unus et alter ait,
 Tot veteres causas ferro pendere videres
 Causidicum tectis ut stupor ipse foret.
 Certantes inter cunctos concordia fiet,
 Ferre in judicium si tua membra velis.
 Juridicus raptim adjiciet, quia prompseris ore
 Non tibi sed Titio pertinet ista domus.
 Qui certo fini valuit perducere lites
 Egregiis dignum laudibus esse liquet.
 Quia pacem cupimus placidam mortalibus, oro
 Rursus ego celsa ut tecta subire velis.

laquelle a pour titre : *De publication des abolitions et auctrois de Normandie*, et d'une troisième, donnée à Cléry au mois de juillet 1482, qui est celle par laquelle Louis XI défendit d'acheter les blés en vert. La table des chapitres de la coutume, sans renvois aux feuillets, vient après et termine le livre.

» Ce livre est précieux sous plusieurs rapports. C'est un des plus anciens coutumiers imprimés; je ne connais que ceux d'Anjou, de Normandie et de Bretagne qui l'aient été avant lui.

» C'est aussi l'un des premiers produits de nos presses poitevines. « On ne connaît, dit la Serna Santander (*Dictionnaire bibliographique choisi du XV^e siècle*, t. I, p. 386), que trois impressions faites à Poitiers dans le XV^e siècle. Celle des trois qui sert à fixer l'époque de l'introduction de l'imprimerie dans cette ville, est de 1479, et est intitulée *Breviarum historiale*, etc.¹ » Il en cite une autre de 1499; celle dont il n'indique pas plus précisément la date doit être notre *Coutumier*.

» Mais l'exemplaire que j'ai sous les yeux offre un autre genre d'intérêt. Ce livre, qui appartenait à M. le conseiller Filleau, mort il y a quelques années, et que l'on conservait depuis très-longtemps dans la famille de ce magistrat, est chargé de notes marginales, écrites par des mains et à des époques différentes, mais dont la plupart paraissent être du XV^e siècle², et presque aussi anciennes que le livre lui-même. L'examen que j'ai fait de ces notes, à demi effacées par le temps, m'a convaincu que leur auteur voulait donner une nouvelle édition de ce *Coutumier*, ou bien qu'il travaillait en vue de la révision depuis longtemps annoncée, et qui se fit enfin en 1514. Dans une foule d'articles, certains mots du texte sont rayés et remplacés par d'autres mots écrits à la main, qui, le plus souvent, modifient la construction de la phrase en en conservant le sens. Ailleurs, un trait de plume a été passé sur l'article tout entier; dans d'autres endroits, au contraire, on voit, ajoutée au texte, avec le mot *article* en marge, une disposition nouvelle

¹ « *Breviarum historiale ex Landulpho de Columnā excerptum; pictavii in ædibus canonici ecclesiæ beati Hilarii*, in-4°. — Il n'en existe, à ma connaissance, que deux exemplaires, dont l'un est à notre bibliothèque publique (la bibliothèque publique de Poitiers), et dont l'autre appartient à M. Barbier, imprimeur à Poitiers, qui l'a acheté récemment dans une vente, à Paris. » (Note de ma *Lettre à Klimrath*.)

² Je crois qu'il eût été plus exact de dire : de la fin du XV^e et du commencement du XVI^e siècle.

destinée à expliquer ou à compléter celle de la coutume à la suite de laquelle elle est écrite.

» Ce que j'ai remarqué surtout, ce sont des notes ainsi conçues : *Déclaré notoire*, avec la date du jour, celle du mois et aussi celle de l'année, mais incomplète et comme il suit : *déclaré notoire le 11 avril LXXIII. — Déclaré notoire le 11 février LXXII. —* Souvent même les mots *déclaré notoire* ont été omis, et l'on ne trouve qu'une date en marge de l'article : *le premier jour de mars LXI. — Le onze de mars, audit an, etc.* — Mais il est d'autres notes plus détaillées et qui expliquent celles qui le sont moins. Par exemple, à la fin du dernier article du chapitre intitulé : *De constituer procureur et de les révoquer*, article où il est dit : *En court laie, homme d'église quoi qu'il soit, n'est reçu à soi fonder procureur pour autre personne qu'elle soit, fors etc.*, on trouve une indication qui renvoie à la note suivante mise en marge : *Déclaré notoire en la Cour ordinaire de Poitiers, le quatre juillet quatre cent cinquante sept.*

» Ces notes se réfèrent donc à des décisions rendues par la *Cour ordinaire*, c'est-à-dire par la sénéchaussée de Poitiers, dans le cours du XV^e siècle, pour constater certains usages dont l'existence était méconnue en jugement. Ce sont des *actes de notoriété*, des espèces de turbes, comme il y en avait si fréquemment avant que les coutumes ne fussent rédigées par écrit, et même après, tant que les rédactions qui en avaient été faites n'eurent pas reçu un caractère officiel par la confirmation royale. Je trouve dans le précieux recueil des manuscrits de dom Fonteneau, que possède notre bibliothèque publique¹, la copie d'une de ces déclarations² rendues par la sénéchaussée

¹ La bibliothèque communale de Poitiers.

² « Depuis que ceci est écrit, j'en ai trouvé une autre du 9 février 1497, dans les archives que M. Rédet et moi avons découvertes à la mairie de Poitiers. » (Note de la *Lettre à Klimrath*.) — Voici le texte de cette déclaration de notoriété telle qu'elle existe aux archives de la ville de Poitiers :

« 9 février 1497. — Par l'advis et deliberacion des advocatz et conseillers ordinairement praticans en la court de ceans les coustumes qui ensuivent, c'est assavoir, outre les droitz deppendans de juridicion basse dessus touché, si celluy qui a lad. basse juridicion a en icelle hommes rousturiers couchans et levans rousturierement et il a moulin moulant à son domaine dedans la banlieue, il paye lesd. hommes, jaoit ce que icelluy moulin ne soit d'icelluy fief, contraindre lesd. hommes à moudre leurs biez à son moulin et en prendre pour luy et son mosnier le prouffit que l'on a acoustumé

de Poitiers. « Par l'avis et de l'opinion des conseillers avocats et praticiens pratiquant en la Cour de céans, les coutumes qui s'ensuivent, c'est à savoir que l'on ne peut donner sinon par provision de corps, soit par contrat fait entre vifs au testament, à quelque personne que ce soit, plus du tiers de son héritage... *item... item...* ont été et les avons déclarées notoires, notoirement tenues, observées et gardées en ce comté de Poitou, sans les révoquer en doute. *Donné et fait en la Cour ordinaire de la sénéchaussée de Poitou, tenue à Poitiers le 29 janvier 1479.* »

» On peut juger maintenant de l'intérêt que ces notes présen-

prendre au pays. Et est tenu led. mousnier d'aller querir le blé et rendre la farine à mesure es hostelz desd. hommes et subjectz, si autrement d'ancienneté l'on n'a acoustumé apporter led. blé aud. moulin et querir les farines. Item tant comme le seigneur de fief n'a moulin moullant dedans la banlieue de sond. subject rousturier, led. subject (est) tenu aller mouldre ses grains au moulin de son seigneur souverain, s'il a moulin au dedans de la banlieue dud. subject, et si led. seigneur n'a point de moulin, led. subject puyt mouldre sans offense son blé là où bon luy semblera. Et durant ce ne court aucune prescription contre led. seigneur de fief; mais si durant ce que led. seigneur de fief a moulin moullant, led. subject moult à autre moulin, il doit à sond. seigneur par chacune fois l'amende simple, et aud. mousnier ou fournier du moulin, s'il y est, la restitution du profit du moullage, et de ce puyt led. seigneur congnoistre à son assise, ont esté et les avons déclarées notoires et notoirement observées et gardées en pays et conté de Poitou et es Cours layes d'icelluy. *Donné et fait en la Court ordinaire de la sénéchaussée de Poitou, tenue à Poitiers le neuf jour de fevrier l'an mil III^e IIII^{xx} XVII. Signé BLETEAU, p^r le greffier abs.* » (*Orig. arch. de la ville de Poitiers, c. 20.*)

J'ai le texte de deux autres *coutumes déclarées notoires*, l'une en date du 10 septembre 1468, relative aux biens *aubains* ou vacants qui appartenaient au bas justicier; l'autre du 5 novembre 1472, au sujet de *diverses manières de terrageries existant en Poitou*. — Les extraits authentiques sont conservés aux archives du département de la Vienne : le premier parmi les titres du chapitre de Saint-Pierre-le-Puellier, Moulins, 1453; l'autre, parmi les documents divers.

Je cite plus loin (p. 297, en note) un autre *déclaré notoire* du même genre, en date du 4 avril 1517, postérieur, par conséquent, à la première réformation de la coutume, qui est de 1514.

Sur la découverte dont il est question au commencement de cette note, découverte qui remonte au mois d'août 1837, V. mon rapport à la Société des antiquaires de l'Ouest, inséré aux Bulletins de cette Société, séance du 7 septembre 1837, et dans la *Collection des documents inédits de l'histoire de France*, t. III des *Mélanges historiques tirés des archives ou bibliothèques des départements*, p. 231 et suiv., le rapport, en date du 8 octobre 1844, adressé par M. Rédet à M. le ministre de l'instruction publique.

tent. Les déclarations de notoriété qu'elles indiquent sont nombreuses. Elles s'étendent depuis l'année 1457 jusqu'à l'année 1497. Je ne connais aucun ouvrage où elles se trouvent rapportées, ou même seulement citées. Qui les eût réunies avant la publication officielle de la coutume, eût formé un recueil dans le genre des *Coutumes notoires*¹, publiées par Brodeau, à la suite de son commentaire sur la coutume de Paris, et qu'il attribue à Jean Desmares, l'auteur des *Décisions*.

» Outre les notes dont j'ai parlé jusqu'ici, l'exemplaire que j'ai sous les yeux en contient d'autres qui sont plus développées. Ces notes, généralement postérieures aux premières, n'indiquent pas seulement la date des décisions qu'elles relatent; elles en rapportent le texte, au-dessus duquel est toujours écrit l'un ou l'autre de ces mots : *coutume, usage, style*, et quelquefois ces trois mots à la fois. Les déclarations de notoriété qui s'y trouvent citées ne paraissent point être, comme les précédentes, la confirmation judiciaire de certains articles du *Coutumier*, mais plutôt des règlements successivement faits sur des points (de procédure surtout) sur lesquels il fallait compléter le *Coutumier* ou suppléer à son silence. Aussi l'annotateur ne les rattache-t-il pas, comme il fait pour celles dont j'ai parlé d'abord, à tel ou tel article pris en particulier; il les jette d'ordinaire au bas des pages, afin qu'elles s'appliquent au chapitre tout entier.

» Tel est le *seul* exemplaire que je connaisse de l'édition citée par Dumoulin, etc. »

Je m'exprimais ainsi en 1837, et longtemps encore après je n'en connaissais pas d'autre. Ce n'est que tout récemment, en 1857, que j'en ai trouvé un second à la bibliothèque de la Cour de cassation, précieux dépôt resserré dans un local insuffisant, mais où sont accumulées d'immenses richesses.

¹ « Coutumes tenues toutes notoires et jugées au Châtelet de Paris. » — « Ce sont, dit Brodeau, des espèces de turbes et actes de notoriété concernant les principales difficultés des coutumes de Paris, décidées par sentence du prévôt de Paris, depuis l'an 1300 jusqu'en 1387, suivant l'avis des lieutenants, conseillers, avocats, examinateurs et procureurs du Châtelet, même de gentilshommes, chevaliers, écuyers, marchands, bourgeois, artisans et autres, suivant la forme observée de ce temps-là pour la preuve et vérification des coutumes non encore rédigées par écrit d'autorité royale et publique, ce qui se faisait aussi quelquefois au *parlour aux bourgeois*. » — Sur le parlour aux bourgeois, V. de Laurière sur Loysel, t. II, p. 202. (Note de la Lettre à Klimrath.)

C'est de cet autre exemplaire que je me propose de parler ici. Il figure simplement sous ce titre : *Ancienne coutume de Poitou*, in-fol., à la page 204 d'un catalogue des livres composant la bibliothèque de la Cour de cassation¹, publié en 1819, — catalogue fort incomplet, que remplacera avec grand avantage, je n'en doute pas, celui auquel M. Denevers, le bibliothécaire actuel de la Cour de cassation, travaille depuis plusieurs années.

Ce titre vague : *Ancienne coutume de Poitou*, sans indication de la date ni aucune autre explication, ne m'avertissait point que j'avais sous la main un exemplaire de cette édition de 1486, dont je m'étais occupé dans un autre temps, avec un si vif intérêt, et que je n'espérais plus retrouver; c'était elle pourtant ! Il me sembla revoir un vieil ami que j'aurais cru mort.

Vraiment frère du premier, exactement pareil pour le texte de la coutume et les additions, ce second exemplaire avait le tort de lui ressembler, même en cela qu'il y manquait le titre et le frontispice. Aussi rien n'indique-t-il de quelles presses il est sorti². On ignorerait même la date et le lieu de l'impression sans la mention finale : « Cy finist le *Coutumier de Poictou*, imprimé à Poictiers... l'an de grâce mil quatre cens quatre-vingts et six, » qui, du moins, ne laisse aucune incertitude à cet égard³.

¹ Deuxième partie. — Jurisprudence.

² M. le conseiller de Lafontenelle de Vaudoré, savant antiquaire poitevin que la science a perdu il y a quelques années, dit dans les observations auxquelles il a donné pour titre : « Quelques mots sur les anciennes éditions de la coutume de Poitou et sur sa première rédaction » (*Bulletin de la Société d'agriculture, etc., de Poitiers*, t. VII, p. 37, à la suite de ma *Lettre à Klímraih*) : « La coutume imprimée en 1486 l'a été chez Jehan de Marnef. » Le livre, on vient de le voir, n'en dit rien; de plus, cette affirmation a contre elle l'autorité de la Serna Santander (*loc. cit.*, t. I, p. 386), qui nomme Joh. Bouyer et Guill. Bouchet comme *les seuls* imprimeurs de Poitiers, dans le XV^e siècle. Ils imprimèrent en 1499 l'un des trois ouvrages poitevins cités plus haut (p. 288). Mais à défaut du *Coutumier* de 1486, c'est bien des presses de Jehan de Marnef qu'est sortie l'édition de 1500; elle porte son nom. Il faut entendre, de cette seconde édition, ce que dit Brodeau dans le passage rapporté plus haut (p. 285).

³ Du reste, l'absence d'un titre imprimé sur feuille séparée n'est point extraordinaire dans une édition du XV^e siècle; c'est, au contraire, de même que l'absence du nom de l'imprimeur, souvent même de l'indication du lieu et de l'année de l'impression, un des signes auxquels on reconnaît ces pre-

L'exemplaire de Poitiers a plusieurs de ses feuillets, les premiers surtout, rongés par le temps ou altérés par l'humidité. Leurs bords, que rien ne protégeait contre des mains peu soigneuses, sont échancrés en divers endroits, et de cette manière un certain nombre de notes sont à demi perdues. L'exemplaire de la Cour de cassation est beaucoup mieux conservé, grâce à la précaution, dès longtemps prise, d'intercaler entre les feuillets imprimés des feuilles blanches d'un fort papier grand in-folio, qui, dépassant de beaucoup les marges, les défendent en tout sens. Une solide reliure de carton et de parchemin, elle-même assez ancienne, complète le système de défense. Ainsi encadrés, ces beaux caractères gothiques des premiers temps de l'imprimerie ressortent et se détachent; l'œil en *saisit*, pour ainsi dire, le relief.

Comme sur l'exemplaire poitevin, les notes manuscrites y abondent, du moins dans toute la partie du livre consacrée au texte même de la coutume. Ces notes sont de plusieurs mains et de divers temps. La plupart me semblent remonter au XVI^e et au XVII^e siècles. Presque toutes les marges en sont couvertes. Parmi ces notes (de plus savants les classeraient plus méthodiquement et y trouveraient matière à d'autres distinctions), j'en remarque particulièrement de trois sortes. Les unes, ordinairement rédigées en latin, d'une écriture assez nette et qui se lit sans trop de peine, sont pour la plupart¹ des définitions ou divisions empruntées soit au texte même des lois romaines, soit à la glose ou aux docteurs les plus en renom, quelquefois même aux premiers commentateurs de nos coutumes².

Ces notes sont les moins nombreuses. D'autres, beaucoup plus multipliées et qu'on trouve presque à chaque page, mais d'une encre blanchie par le temps et d'une mauvaise écriture, ne

mères éditions. (*Dictionnaire raisonné de bibliologie*, par Peignot, supplément, t. III. Il cite Struve, *Bibliotheca historiarum litterarum selecta*, 1763.

¹ On en peut voir plusieurs exemples dès le premier feuillet; l'annotateur commence par y définir la coutume : *consuetudo est jus non scriptum moribus et usibus populi vel majoris partis.... comprobatum*, etc. Sur quoi il cite la loi *De quibus*, ff., *De legibus*, et renvoie à Barthole sur cette loi.

² Sur le même feuillet, dans une note qui suit celle que nous venons de rapporter, à l'appui d'une quadruple division de la coutume en *générale* et *spéciale*, et même en *très-générale* et *très-spéciale*, Chassencux (Chassaneux) est cité dans ses *Observations préliminaires sur la coutume de Bourgogne : in præmio consuetudinum Burgundiarum*.

sont guère, pour ce qu'on en peut déchiffrer, que l'analyse ou le sommaire des dispositions en marge desquelles on les a griffonnées.

Celles dont il me reste à parler sont les plus importantes. Elles ne sont peut-être pas toutes non plus du même âge ni de la même main ; mais je les crois moins anciennes, tant à cause de l'apparencé même de l'écriture (sauf meilleur avis de juges plus compétents), qu'eu égard à leur contenu.

Ces notes, tantôt latines tantôt françaises, d'une écriture maigre, mais nette et d'une encre qui s'est bien conservée, ont cela de particulier que la plupart ont été relevées sur d'anciens manuscrits, ce qui en augmente l'intérêt. Trois manuscrits sont ainsi mis à contribution. Chacun a sa désignation particulière, *M^{sc} a a*, *M^{sc} b b*, *M^{sc} c c*. Les emprunts commencent dès le premier feuillet, et continuent, presque sans interruption, jusqu'à la fin du texte de la coutume, mais toujours distincts et sans confondre les manuscrits.

Ces emprunts n'ont pas tous le même objet. Tantôt c'est l'indication ou l'analyse sommaire soit de décisions judiciaires rendues par application de certaines dispositions de la coutume, auxquelles on les rattache¹, soit de déclarations de notoriété, semblables à ces *déclarés notoires* qu'on trouve cités à chaque page sur l'exemplaire de Poitiers, mais ici beaucoup moins nombreuses, quoique comprenant un plus long espace de temps (de 1454 à 1504). Tantôt ce sont des textes de droit romain qui confirment la coutume, ou bien, au contraire, des articles

¹ Par exemple au chapitre *Des causes de requestes sur exécution par vertu de lectres et jugiez et de la nature d'icelles*, lequel est le dixième du second livre, sur ces mots qui terminent l'antépénultième article : *et au jour du plaist pourra demander et avoir prouision à lesgart du juge*, la question suivante est posée : *Quid si suas actiones cedat, an subrogatus in locum ejus possit habere provisionem?* A quoi la note répond : *Judicatum fuit quod non. Inter dominum Rouffignat et dominum Goffredum Taveau in curid ordinariid anno millesimo 58°* (1458, je suppose). — Autre exemple : Au chapitre *De tenir noblement en fief domaines ou choses immeubles nobles* (le dixième chapitre du cinquième livre), art. 32, on lit (f° cxxxviii, recto du Coustumier) la note suivante : *Ita fuit judicatum in mense januarii in diebus bailliagii (le bailliage) montis acuti (Montalgu) anno 56° inter Joannem Moignon (ou Mignon) et Jo. Richart.* — V. de même aux articles 8 et 12 du chapitre *Des douaires*; 2, chapitre *De tutelles et curatelles*; 3, *De émancipations*; 5, *De testaments*, etc.

d'ordonnances royales, qui abrogent¹ ou modifient le droit coutumier; quelquefois de simples citations d'auteurs. Parmi nos auteurs français, Jean Fabre est celui qui est invoqué le plus souvent. Papon et sa *Triade*² sont cités en un endroit³; ailleurs⁴, pour « l'intelligence du mot bailliage, » on renvoie « aux *Recherches de la France* de M. Pasquier. » Il y est fait mention une fois de la coutume réformée; mais il s'agit, ainsi qu'on l'explique, de la première réforme qui eut lieu en 1514; la seconde, celle de 1559, n'y est pas mentionnée. Ce n'est pas pourtant que les notes s'arrêtent avant cette époque; les citations plus haut rappelées prouvent le contraire. Du reste, la publication des *Recherches de la France* et celle de l'ouvrage de Papon sont les faits les plus récents auxquels elles me paraissent se rapporter.

Ces notes⁵ ne sont point toutes communes aux trois manuscrits. Chacun a fourni les siennes. Cependant il en est un assez grand nombre qui viennent de deux sources à la fois, notamment des manuscrits *bb* et *cc*⁶, cités, du reste, l'un et l'autre,

¹ Ces ordonnances abrogatives ou modificatives sont surtout celles de 1454 (Montils-les-Tours) et de 1539 (Villers-Cotterets). Il y en a, parmi beaucoup d'autres, un exemple intéressant dans une note sur les articles 1 et 2, chap. 8, liv. III, au sujet de l'obligation pour le juge d'écrire sa sentence. — On y voit citée encore une ordonnance de Philippe le Bel, sans doute celle de 1302, *De reformatione justitiæ*, bien antérieure par conséquent.

² Ou plutôt son *Trias judiciaire*. Tel est, en effet, le titre singulier de l'ouvrage de Jean Papon, aussi intitulé *les Trois notaires*. Le premier volume, ou *Premier notaire*, parut en 1568; le deuxième en 1575; le troisième en 1578.

³ F^o xiiu, note du manuscrit *cc*.

⁴ F^o iii, note du manuscrit *cc*. C'est le huitième chapitre du deuxième livre qui y est cité. Le livre I^{er} des *Recherches* parut isolément en 1560; le livre II en 1565; les six premiers livres en 1596, etc. — Cette même note cite aussi l'ordonnance de 1539, à laquelle on renvoie en plusieurs autres endroits, et celle de Roussillon (de 1563).

⁵ Je les crois de la même main, pour la plupart, que les notes interlinéaires dont je parlerai dans un instant, et que j'attribue, ainsi qu'on va le voir, à Jean Gabriau de Riparfonds.

⁶ En voici une assez curieuse, tirée du manuscrit *cc*. Au chapitre 9 du livre II : *De complaints en cas de saisine et de nouvelleté*, etc., l'article 4 du Coutumier porte ce qui suit : « Celui qui trouve sa partie adverse en jugement ou ailleurs devant le juge ou sénéchal du seigneur auquel la connaissance en appartient, peut sans lettres ne adjournement déclarer sa complainte en cas de saisine et de nouvelleté, et faire ses conclusions pertinentes, etc. » Le manuscrit *cc* explique ainsi cette disposition : « Parce que, dit-il, les ad-

beaucoup plus souvent que la troisième. Quelquefois² même la note appartient également à tous les trois.

Ayant sous les yeux l'exemplaire de Poitiers et celui de Paris, ces deux survivants de l'édition de 1486, je devais naturellement vérifier quels rapports il pouvait y avoir entre les notes dont ils sont chargés l'un et l'autre. Il y en a peu. C'est à peine si j'ai trouvé quelques notes conformes sur les deux imprimés, et toutes sont relatives à des déclarations de notoriété ou enquêtes par turbes. Je citerai celle de l'article 2, chapitre : *De la manière de procéder à donner sentence par deffaultx et coustumaces es causes privilégiées, et premièrement des causes d'applégement* (le 4^e chapitre du livre II), sur ces mots qui terminent l'article : « *Esdictz applégemens qui déchoit d'un point en matière déchoit du tout et pert sa cause.* » La note de l'exemplaire de la Cour de cassation, note empruntée aux manuscrits *a a* et *b b*, porte ce qui suit : *En matière d'applégements qui déchoit d'un point déchoit du tout. Cestuy point fut tenu pour notoire es assises royaux de Poictiers durant le bailliage de Pouzanges, le 23^e jour de novembre 1459.* Cette note, qui relate une application si rigoureuse du brocard : *Qui cadit à syllabâ cadit à toto*, se trouve de même, à peu près littéralement, dans l'exemplaire de Poitiers.

Il y en a une autre sur l'article 3 du 13^e chapitre du livre II, chapitre qui a pour rubrique *de appellacions et de la nature dicelles*. Cet article porte : « Si et quant en aulcune cause a este baille et assigne aux parties jour pour oyr droit le juge peut donner la sentence tant en presence que en absence dicelles parties ou de l'une d'elles, et audit cas que la sentence serait proférée en absence d'aulcune partie, elle sera receue à en appeler pour tout le jour. » « Sur ces mots : *ou de l'une d'elles*, il y a dans les deux exemplaires la note suivante, qui se trouvait aussi dans les manuscrits *a a* et *b b* : *Istud verificatum fuit in curiâ magnorum dierum pictav. anno Domini 1454 (ou mill^e cccc^e liiij) per practicos pictaviæ ibidem adistentes interrogante eos presidente curiæ Franciæ et ita fuit ordinatum per Dominum nostrum regem in suis novis ordinationibus in titulo de senten-*

journalments ne sont introduits que pour faire venir et comparoir les absents devant les juges. *Témoin Moÿse dans son Genèse : Adam. Adam, ubi es.* »

¹ F^o xvii ; *idem*, f^o xxiii, xxv, etc. Du reste, la pagination est généralement très-inexacte.

tiis après conclusion in articulo 23 que nous avons entendu (?). » En cela donc, l'ordonnance royale n'avait eu qu'à suivre la coutume, et déjà la coutume avait reçu une première consécration de la part de cette juridiction solennelle des grands jours.

Il en avait été ainsi, quoique moins solennellement, d'une disposition importante tenant au fond du droit, et non plus d'une simple règle de procédure. Je veux parler de l'article 5 du chapitre 6 du V^e livre : *De testaments, dons et legats fais et en iceux ou par cause de mort*, qui, plus libéral ou plus confiant que le droit romain (loi dernière, C^{de}, *Qui test. facere possunt*), sans y mettre les mêmes restrictions, laissait au fils de famille la liberté de tester sans l'autorisation de son père, de même qu'à la femme sans l'autorisation ou l'assistance de son mari. « Semblablement, disait la coutume, peut ung fils de famille eagé faire testament sans auctorité du père et vault par ladite coutume. » Sur cette disposition, deux des manuscrits portaient l'annotation suivante : *Hæc consuetudo fuit approbata per turbam in curiâ pictaviensi 4 augusti anno Domini 1460*. L'exemplaire de la Cour de cassation la leur a empruntée, et cette même note se trouve, sans indication d'origine, dans l'exemplaire de Poitiers, sur le même article.

Telles sont, à un très-petit nombre près¹, les seules notes communes aux deux exemplaires. J'ai déjà dit, en ce qui regarde les *déclarés notoires*, que celui de la Cour de cassation est beaucoup moins riche à cet égard que celui de Poitiers. Cette différence peut tenir à ce que celui-ci étant resté sur les lieux, et, suivant une tradition conservée dans la famille, se trouvant depuis très-longtemps dans cette famille de magistrats et de jurisconsultes, si même il ne lui a pas toujours appartenu, le possesseur de ce manuscrit attachait plus d'importance à la jurisprudence locale, dont il lui était d'ailleurs plus facile de consulter les monuments.

Je me suis expliqué dans ma lettre à Klimrath² sur l'intérêt

¹ On peut voir encore dans l'exemplaire de la Cour de cassation, à la suite du dernier article du chapitre *De emancipations* (le cinquième du cinquième livre), au bas de la page, deux alinéas écrits à la main et précédés du mot *additio* : ces deux dispositions, modificatives du texte imprimé, sont aussi dans l'autre exemplaire, mais réunies en un seul article.

² V. le passage transcrit plus haut, p. 286 et suiv.

que présentent ces actes de notoriété. Indispensables tant que l'usage n'eût pas été recueilli par écrit, ils demeurèrent nécessaires, même après la rédaction des coutumes, aussi longtemps que cette rédaction eut à attendre la confirmation royale. La révision des coutumes, suivie de leur publication officielle, eût dû les rendre inutiles : L'ordonnance de Montils-les-Tours les interdisait même expressément. « ... Ordonnons que les coutumes, stilles et usaiges des pays de notre royaume, soient rédigées et mises par escript, accordées par les costumiers praticiens et gens de chescun desdits pays, et iceux usaiges et stilles ainsi décrétés et confirmés, seront observez et gardes es pays dont ils seront... et jugeront les... juges selon iceux..., sans en faire aultre preuve que ce qui sera escript audit livre ; » mais cette ordonnance, dont l'exécution se fit attendre longtemps¹, ne reçut même, quand on en vint à l'exécuter, qu'une application assez peu exacte, en cela du moins. Pour ne parler que du Poitou, les enquêtes par turbes continuèrent après la première réforme de la coutume², ainsi que nous le voyons dans Imbert³. Il y en eut même après la deuxième réformation. « J'ai assisté et été ouï, dit Barraud dans la préface de son commentaire publié en 1625, à quatre tourbes faites à Poitiers, sur le fait de l'usage de la coutume,

¹ « Verum ut Laudandum est eorum sanctum consilium, ita dolendum quod nondum ultra nonaginta annos a tempore prædicti edicti plane confectum est, » écrivait Dumoulin le 7 mai 1544. Ce grand jurisconsulte n'en vit pas même la complète exécution quant à la coutume de Paris : il mourut avant la seconde réformation de cette coutume. — V. de Laurière, préface qu'il comptait mettre en tête de son Commentaire, p. 333 et suiv. du tome III.

² En voici un exemple : « Extrait des coutumes arrestées et accordées en la seneschaucée de Poitou. — Les bastards ne succèdent à pere ne à mere. Toutesvoys le pere et la mere, pour les alimenter, nourrir et entretenir selon leur estat, leur pevent faire donnacion. Donné et fait ledit extrait à Poitiers, soubz le scel aux causes de lad. seneschaucée le quart jour d'auril l'an mil cinq cens dix-sept. Signé MARCHAND, p^r reg^o. » (Archives du département de la Vienne, documents divers.)

³ Liv. I, chap. 43, n^o 10, p. 287. — Imbert dit en cet endroit que les commissaires royaux n'ayant point apporté au greffe du parlement leurs procès-verbaux dûment expédiés, on doutait si l'on devait s'en rapporter au texte publié en 1514 ; et il cite des lettres royaux qui validèrent une enquête par tourbe, contrairement à un arrêt du parlement. — V. aussi, sur la perte du procès-verbal de la réformation, lettres patentes d'Henri II au bailli de Vermandois, du 30 octobre 1558 (*Revue critique de législation*, etc., 1854, p. 286).

à cause que ladite coutume porta en aucuns articles des contrariétés¹, obscurités et ambiguïtés, lesquelles ont donné lieu et donnent encore lieu de présent de douter entre ceux même dudit pays². »

Les actes de notoriété cités dans l'exemplaire de la Cour de cassation s'arrêtent cependant à l'année 1504. De même que ceux de l'autre exemplaire, ils sont donc antérieurs à la première réformation.

Ils le sont même presque tous à 1486, c'est-à-dire à la première édition du *Coustumier*. Plus anciens, ils auraient encore plus de prix. On voudrait pouvoir remonter avec eux jusqu'aux premiers éléments, voir ces nombreux usages, réunis plus tard en corps de droit, s'établir et se consolider, assister ainsi à la formation graduelle, à la lente élaboration de la coutume. Pour cela, il les faudrait plus vieux d'un ou deux siècles. Tels qu'ils sont, et pris à leur date, ils ont encore l'importance que nous leur avons reconnue, sinon comme fondement ou origine, du moins comme confirmation judiciaire du droit municipal poitevin. Pour des usages toujours sujets à contestation, recueillis d'abord dans une compilation purement privée, c'était une première sanction, devançant, quoique avec moins d'autorité, la consécration royale. Le fait ou usage ainsi reconnu et déclaré était désormais tenu pour constant, sans qu'il fût besoin d'une vérification nouvelle ou d'aucune autre preuve³.

¹ Cette critique d'un jurisconsulte poitevin semblerait donner raison à de Laurière. V. plus loin, p. 312, en note, le passage de de Laurière.

² Du reste, cela ne fut pas particulier à la coutume de Poitou ; il en fut de même de celle de Paris, et vraisemblablement de plusieurs autres. « Depuis les réformations de la coutume de Paris, dit Brodeau, plusieurs arrêts ordonnent que sera informé par turbes sur la forme d'user et l'interprétation d'aucun des articles, ce que d'Argentré trouve fort extraordinaire. » — Les enquêtes par turbes ne furent entièrement abolies que par l'ordonnance de 1667.

³ C'est ce qu'exprime la note manuscrite suivante sur le dernier article du chapitre *De tenir fiefs et terres et a queulx devoirs* (liv. V, chap. 9) : « Aulcun soit noble ou rousturier n'est tenu bailler par escript ne desclarcion à son seigneur ses fons et heritages, si ce n'est celui qui fait hommage » ou qui tient en garlment ou en page ou part prenant, etc. » En marge est cette note : « Déclaration notoire et notoirement tenue pour être observée es pays et comté de Poictou sans que aucun ils soient tenus faire autres preuves es assises royaux de Poictiers, commencées à tenir le 16^e jour de fevrier l'an 1482, es jours du bailliage de Poictiers. » (Note manuscrit b b.) — Il y a sur le 12^e article du chapitre : *Quels droits et prerogatives appar-*

Mes observations n'ont porté jusqu'ici que sur les notes marginales, et je m'occupais en dernier lieu de celles qui ont été empruntées aux trois manuscrits; il y en a d'autres, dont il me reste maintenant à parler. Celles-ci ne sont pas marginales; elles sont interlinéaires. Elles ne reproduisent pas seulement les annotations jointes au texte dans les trois anciens manuscrits, mais le texte même de la coutume, tel qu'il se trouve dans chacun d'eux, avec toutes ses variantes et en maintenant une corrélation continuelle, — depuis le premier jusqu'au dernier article de la coutume, — depuis la rubrique du premier chapitre jusqu'à la fin de la table, entre les quatre leçons : celle de l'édition de 1486 et les trois rédactions manuscrites. De sorte qu'à vrai dire ce n'est pas seulement un exemplaire de cette édition de 1486 que possède la Cour de cassation, mais de plus ces manuscrits eux-mêmes¹. Ils sont là tous ensemble, exactement révisés et collationnés, en rapport constant l'un avec l'autre et aussi avec le texte imprimé.

tient au seigneur féodal qui a basse juridiction (liv. IV, chap. 3), article dont la disposition est analogue à celle que nous venons de rapporter, un *tenu pour notoire en la Cour ordinaire, le quart jour de juillet* 1459.

Parmi les autres mentions de ce genre propres à l'exemplaire de la Cour de cassation, en ce sens qu'elles ne se trouvent pas sur l'autre exemplaire, je citerai encore, pour l'importance de la matière, celle en marge de l'article 2 du chapitre *Des douaires* (liv. V, chap. 3) : « En Poitou par la coutume d'icelui, entre personnes nobles, à la femme qui survit son mary appartient à avoir et lever, le cours de sa vie, par douaire, la tierce partie des choses nobles et la moitié des choses rousturières des biens et héritages qui ont été au dit mary, etc. » et l'abolition, déclarée notoire aux assises royales de Poitiers commencées le 27^e jour de janvier 1454, d'un usage particulier à certaines parties de la province d'après lequel, contrairement à la coutume générale du Poitou, « les retraits étaient perpétuels tant que la chose était trouvée en la main de l'acheteur ou de son héritier, ou que la chose était transportée de vente en vente. » Cette coutume particulière, suivie « au temps passé, » avait été « ostée et abolie pour les grandes fraudes que l'on y faisait, et la chose réduite à la coutume générale du pays touchant les retraits; » mais il paraît que cette réforme avait été de nouveau mise en question. La déclaration du 27 janvier 1454 la maintint et donna raison au Coutumier. (V. l'article 27, chap. 1^{er} : *Du retrait coutumier*, liv. IV, et la note sur cet article.)

¹ Indépendamment de ces trois manuscrits, les notes marginales parlent, en divers endroits, d'un Coutumier plus ancien. V. liv. II, chapitre *De complaints en cas de saisine et de nouveleté*, art. 2; même chapitre, art. 6; liv. V, chapitre *De émancipations*, art. 3, au bas du folio. Il s'agit là d'un article qui n'est pas dans l'imprimé de 1486, mais que l'auteur de la note a vu « additionatum in quodam consuetudinario, et dont il rapporte le texte. »

Ce n'est pas là le moindre prix de notre vieux livre. Le plus souvent, il est vrai, les différences entre les quatre versions sont purement de style¹; il en est même qui tiennent uniquement à la distribution des matières : Deux dispositions, séparées ici, là se trouvent réunies, et *vice versa*; un article qui fait partie d'un chapitre dans l'édition imprimée ou dans tel manuscrit, attend dans tel autre le chapitre suivant, dont il devient d'ordinaire la première disposition, etc., et autres légers changements sans plus d'importance; mais parfois c'est tout autre chose. Des portions d'articles, ou même des articles entiers, manquent d'un côté ou de l'autre. Par exemple, au 7^e chapitre du IV^e livre, chapitre qui a pour rubrique : *De saisir la chose de son subject et d'en faire recreance*, les articles 11 et 12 de l'imprimé font défaut dans deux des manuscrits².

¹ En général, la rédaction est plus correcte et plus claire dans les manuscrits que dans l'imprimé de 1486, ce qui peut étonner.—V., parmi beaucoup d'autres exemples, aux folios LI, art. 1 et 4; LV, art. 4; XLIX, v^o, art. 1^{er}, etc.

² Le manuscrit *b b* et le manuscrit *c c*.

Autre exemple : L'article 3 du chapitre *Que l'on ne peut donner plus ne outre le tiers de son héritage*, dispose d'abord : « Le mary peut donner à sa femme et la femme à son mary, par donation mutuelle ou singulière, soit par testament ou autrement, tous les meubles, tous les acquêts et la tierce partie de son héritage, ou à aultre personne que ce soit, capable de dons, fors et excepté à son héritier ou héritière présomptifs en tant que touche le dit héritage, duquel on ne peut lui donner, outre sa portion légitime coutumière. » Le même article, dans sa seconde partie, explique cette différence entre les meubles et acquêts dont les père et mère ou l'un d'eux peuvent disposer en faveur de leurs enfants ou autres héritiers présomptifs, comme en faveur de personnes étrangères, et les immeubles patrimoniaux. « Autre chose, dit-il en finissant, est de l'héritage obtenu par succession, car les dits père et mère ou aultres n'en peuvent faire par donation soit entre-vifs, pour cause de mort, testament ou legat l'un de ses héritiers meilleur l'un que l'autre, outre leur porcion légitime et coutumière. » Telle est la rédaction de l'article dans l'édition de 1486; la disposition finale : *Autre chose*, etc., manque dans le manuscrit *c c*.

Le dixième et le seizième article du chapitre : *Le mariage solu queuls droits appartiennent au sourvivant des conjoings* (liv. V, chap. 2), tel qu'il est dans l'imprimé et aussi dans les deux autres manuscrits, ne se retrouvent pas non plus dans le manuscrit *b b*. — Une différence du même genre, mais plus remarquable en ce qu'elle est commune aux trois manuscrits et aussi à cause de l'intérêt de la disposition, est celle que signale une note sur le dernier article du chapitre : *Des hommages plains et des devoirs d'eux*, etc. Cet article, qui manque également dans les trois manuscrits, est ainsi conçu dans le Coutumier de 1486 : « Aussi plusieurs desdits hommages sont tenus à cer-

Quelquefois, au contraire, les manuscrits ajoutent à l'imprimé. « Le seigneur, se borne à dire le *Coutumier* de 1486 (art. 7, chap. 3, liv. IV : *Quels droits et prérogatives appartiennent au seigneur féodal qui a basse juridiction*), jusques à ce que exhibition de contrainz lui ait esté faite, et que aussi le sermant lui ait esté fait du prix, il n'est en demeure de eslire les ventes et honneurs ou davoit la chose vendue par puissance de fief. » Le manuscrit *c c* ajoute : « Jusques à trente ans, » ce qui limite raisonnablement la durée de cette faculté.

J'ai cité plus haut¹ deux articles ajoutés par le manuscrit *a a*. au chapitre de *Émancipations*, à la suite du dernier article de ce chapitre. Il y en a d'autres exemples, tantôt pour un manuscrit, tantôt pour un autre, et même assez souvent pour deux à la fois. Dans certains cas, ce sont les trois manuscrits qui s'accordent dans la manière dont ils diffèrent de l'imprimé.

Nous venons de parcourir les diverses notes manuscrites dont notre exemplaire est couvert : nous devrions maintenant nous occuper du texte même de la coutume ; mais ce sera l'objet d'un travail particulier, dans lequel nous nous proposons de comparer cette première rédaction imprimée de la très-ancienne coutume de Poitou, avec les manuscrits antérieurs et les deux réformations officielles. Nous ne voulons plus ici qu'ajouter quelques mots sur l'histoire même de notre vieux livre.

A qui appartenait-il avant de nous appartenir ? Que savons-nous de ses anciens possesseurs ?

Le *Coutumier* que possède aujourd'hui la Cour de cassation faisait partie, avant la révolution de 1789, de la bibliothèque de l'ordre des avocats au parlement de Paris. Il ne figure pas, à la vérité, sur le catalogue de cette bibliothèque, imprimé en l'année 1784, en deux volumes in-8°² ; mais on le trouve sur un catalogue manuscrit, dressé, en 1765, par M. Drouet, alors

tains devoirs abonnés et aux léaux devoirs et aides qui sont quatre aides. C'est à savoir quant il est chevalier, l'autre à marier sa fille ainée, l'autre s'il fait le voyage d'oultre mer, la quarte à sa ranson s'il est prins des ennemis du royaume de France, etc. »

¹ P. 296, en note.

² Bâtonnier, M. Lecamus d'Hauterive ; bibliothécaire, M. Thouvenet. — Voir l'avertissement en tête de ce catalogue. Cet avertissement n'existe pas dans tous les exemplaires.

bibliothécaire de l'ordre¹. L'omission du catalogue imprimé peut s'expliquer, indépendamment du grand nombre des articles, par le mode suivi pour préparer l'impression².

Quoi qu'il en soit, sur le catalogue manuscrit et dans l'un des volumes³ consacrés à la jurisprudence, notre *Coutumier* est ainsi désigné à la page 247 : « H. 134. — Un très-ancien texte de la coutume de Poitou avec des observations manuscrites, 1486. — In-fol. 111. » L'identité est certaine : la date de l'édition exclut le doute. Ajoutons, au besoin, que le volume porte encore aujourd'hui, sur le plat de la reliure, à l'intérieur, et même sur le premier feuillet du texte, entre le premier et le deuxième article de la coutume, cette lettre *H* et ce n° 134, indicatifs de la section et de l'article correspondant au catalogue. Cette même lettre *H* se lit encore avec le n° 111, lequel répond à une autre division du catalogue⁴, sur le dos de la reliure, au bas.

En 1790, lors de la suppression de l'ordre des avocats, la bibliothèque de l'ordre fut dispersée dans divers dépôts publics⁵. Quelques années plus tard, le gouvernement disposa d'une partie des livres qui l'avaient composée, en faveur du tribunal de cassation. C'est ainsi que la Cour de cassation possède aujourd'hui le *Coutumier* de 1486.

Les avocats au parlement de Paris avaient dû la création de leur bibliothèque à M. de Riparfonds, ancien avocat au parle-

¹ Ce catalogue manuscrit était en huit volumes (*avertissement* cité dans la note précédente). Il y en a plusieurs tomes à la bibliothèque de la Cour de cassation, mais tous n'y sont pas. Indépendamment du catalogue in-f°, qui est celui dont nous venons de parler, il y en avait un in-4°, par ordre alphabétique, dont la Cour de cassation ne possède que deux volumes, l'un allant de la lettre *I* à la lettre *Q*, et l'autre de la lettre *R* à la lettre *Z*. A l'époque à laquelle ce catalogue fut imprimé, la bibliothèque des avocats contenait vingt-quatre mille volumes environ.

² On chargea huit jeunes avocats de faire chacun la copie d'un des huit volumes du catalogue manuscrits, sous la surveillance de deux anciens. Ce fut sur cette copie que se fit l'impression (même *avertissement*). — Indépendamment du catalogue manuscrit des livres de l'ancienne bibliothèque des avocats, il y a aussi, à la Cour de cassation, un *catalogue des manuscrits* que possédait cette bibliothèque, en un volume in-folio.

³ Ce volume, relié en parchemin comme les autres, a 318 pages, plus une table des divisions.

⁴ Le nombre des volumes in-folio.

⁵ Fournel, *Histoire des avocats*, t. II, p. 543. — *Lettres sur la profession d'avocat*, t. I.

ment, qui leur avait légué ses livres et ses manuscrits. M. de Riparfonds mourut en 1704. Sa bibliothèque était fort riche¹; le *Coutumier* de 1486 en faisait partie.

Nous en avons une preuve positive.

M. de Riparfonds avait fait lui-même un catalogue de ses livres². Ce catalogue existe aussi en manuscrit à la bibliothèque de la Cour de cassation. Il a pour titre : *Bibliotheca riparfondiana*, et porte cette épigraphe :

Hæc si displicui, fuerint solatia nobis,
Hæc fuerint nobis præmia, si placuit.

Il se compose de plusieurs cahiers in-folio et compte 581 pages.

- Sur ce catalogue, section ayant pour titre : *Consuetudines et in easdem commentarii*, laquelle est la deuxième du *Jus gallicum*, on lit, p. 299, « la très-ancienne coutume de Poitou, 1 vol. in-fol. — H. n° 134. » Cette *très-ancienne coutume de Poitou* est certainement la même que le *très-ancien texte de la coutume de Poitou* que nous venons de trouver sur le catalogue manuscrit de la bibliothèque des avocats au parlement de Paris. Ici, il est vrai, la date de l'édition manque; mais il y est suppléé par la lettre et le numéro que nous avons déjà vus sur le catalogue de l'ordre des avocats, et qui se lisent aujourd'hui encore, l'un et l'autre, sur le vieux livre.

Maintenant, allons plus loin. M. de Riparfonds (Étienne Ga-

¹ On peut voir ce qu'ont dit de M. de Riparfonds et de sa bibliothèque Bretonnier, sur le XI^e plaidoyer de Henrys, t. IV, p. 238, édition de 1772, et t. II, p. 801, édition de 1708; Froland, *Mémoires sur le S.-C. Velléien*, dédicace et préface; surtout Claude Berroyer et Eusèbe de Laurière, *Bibliothèque des Coutumes*, p. 174. — J'aime à y joindre un Discours sur les jurisconsultes poitevins antérieurs au Code civil, prononcé à Poitiers, en 1843, à la rentrée des conférences des avocats stagiaires, par M. Charles Ménardièrè.

² La bibliothèque de l'ordre, placée d'abord dans un bâtiment dépendant de l'archevêché, fut ouverte solennellement le 5 mai 1708, en présence du cardinal de Noailles et des gens du roi du parlement. — V. l'avertissement en tête du catalogue imprimé, les *Lettres sur la profession d'avocat*, et le *Journal de Verdun*, années 1708 et 1715 (mai, t. XXII, p. 341).

³ Ce catalogue est ainsi indiqué sur le Catalogue des manuscrits de l'ancienne bibliothèque des avocats, p. 941, n° 17 : « Un paquet de registres qui sont les projets d'un catalogue des livres de M. de Riparfonds fait par lui-même. » Il est désigné de la même manière sur le Catalogue imprimé de la Cour de cassation, t. I, p. 9, dans une addition, en marge, de la main de M. Denevers.

briau de Riparfonds) était originaire du Poitou. C'est de Poitiers, où il était né vers l'an 1640, qu'il était venu s'établir à Paris. Nous le trouvons pour la première fois, en 1661, sur le tableau des avocats au parlement¹. Cette origine explique le grand nombre de livres et manuscrits poitevins qu'il possédait. Avant de passer entre ses mains, la plupart avaient appartenu à son père.

Jean Gabriau de Riparfonds, père d'Étienne, était un savant homme, d'une merveilleuse application au travail, et très-curieux collecteur des anciens monuments de la coutume. Ses contemporains ont parlé de lui avec les plus grands éloges². D'abord conseiller au parlement de Bretagne, puis lieutenant particulier et assesseur civil au présidial de Poitiers, il avait quitté la magistrature pour embrasser la profession, alors si honorée, d'avocat consultant. Il exerça lui-même cette profession de la manière la plus honorable, et mourut à Poitiers³, entouré d'une grande considération, après avoir été plusieurs fois maire et échevin.

Jean Gabriau avait réuni, sur la coutume de Poitou, de nombreux commentaires manuscrits, œuvres, pour la plupart, d'avocats poitevins, ses contemporains. Lui-même était auteur, entre autres ouvrages, d'un grand nombre de notes sur la coutume, et il avait l'habitude de les écrire en marge ou à la suite du texte ou du commentaire, dans les exemplaires imprimés qu'il possédait. De plus, il avait fait de nombreux extraits des auteurs les plus en crédit de son temps, tels que Papon et Chopin, et même il avait copié de sa main, avec une constance admirable, tout ce qu'il avait pu trouver, semble-t-il, de consultations, arrêts et jugements, délibérés ou rendus soit à Paris, soit à Poitiers, dans des affaires ou sur des intérêts poitevins. Il y en a plusieurs registres.

A la mort de Jean Gabriau, ses manuscrits et ses livres étant passés aux mains de son fils, celui-ci les conserva avec soin et respect, tout en aidant ses confrères avec une obligeance

¹ Fournel, *Histoire des avocats*, t. II, p. 408.

² V. notamment Umeau, professeur de droit à Poitiers, *De jure emphyteutico quaestiones legales et forenses*, dans l'avertissement au lecteur, et *Constant*, en plusieurs endroits de son Commentaire sur la coutume de Poitou.

³ En 1678 ou 1679. — V. plus loin.

et un désintéressement qu'ils ont beaucoup loués, et très-justement. Berroyer et de Laurière en ont parlé dans leur *Bibliothèque des coutumes*, p. 171 : « M. de Riparfonds, disent-ils (c'est du fils qu'ils parlent d'abord), que personne ne saurait vaincre en générosité, communiquera volontiers tous les mémoires des autres¹ qu'il peut avoir; mais le point important est de l'exciter à y joindre les siens et ceux de son père, qui était comme lui l'oracle de sa patrie. Ce savant magistrat, qui avait été conseiller au parlement de Bretagne, était devenu après sa retraite l'arbitre de toute sa province et de toutes les provinces voisines. »

Mais nous avons sur ce point des explications particulières et, pour ainsi dire, des détails domestiques dans un écrit d'un homme qui paraît avoir vécu fort près d'Étienne de Riparfonds, et qui, probablement, l'aidait dans ses recherches et ses travaux. C'est un avocat nommé Jean Ryot, Poitevin lui-même, qui, dans la préface d'un ouvrage manuscrit en 8 vol. in 8^o, lequel n'est qu'une copie des observations ajoutées par Étienne de Riparfonds au commentaire de Jean Constant sur la coutume de Poitou, s'exprimait ainsi dès 1709, quelques années seulement après la mort de M. de Riparfonds : « Pour entendre plusieurs renvois que fait M. de Riparfonds (Étienne) dans ses notes, il faut savoir qu'il avait plusieurs sortes de manuscrits, recueils tant de lui que de feu M^e Jean Gabriau, son père, qui

¹ Ils ont parlé d'abord des nombreux commentaires manuscrits que possédait aussi M. de Riparfonds.

² Cet ouvrage fut acheté en 1843, à la vente de M. le comte Abrial, pour MM. les avocats à la Cour impériale de Paris; il fait aujourd'hui partie de leur bibliothèque. Ce n'est qu'une copie des notes de M. Étienne de Riparfonds sur le Commentaire de Constant, notes dont la bibliothèque de la Cour de cassation possède l'original. M. Pressac s'est trompé dans son intéressante *Histoire de la bibliothèque de la ville de Poitiers* (Poitiers, 1848, p. 60), quand il a supposé une autre importance à cet ouvrage. La préface de Jean Ryot, qui avant d'être avocat au parlement de Paris l'avait été au présidial de Poitiers, n'en contient pas moins, sur les manuscrits de M. de Riparfonds et sur sa manière de travailler, des détails qui ont de l'intérêt. On a collé entre la reliure du premier tome et la première feuille de garde un petit cahier manuscrit à peu près de même format que le livre, lequel a pour titre *Notice sur Riparfonds*, et est signé Cailleau, avocat à la Cour d'appel de Paris depuis le 17 novembre 1817. Cette notice finit ainsi, p. 7 et 8 : « J'ai fait la présente notice à la demande de M. le bibliothécaire en chef de la ville de Poitiers, à qui je l'ai transmise ce jour d'hui 21 juillet 1850. »

fut, de son vivant, conseiller au parlement de Bretagne et lieutenant particulier assesseur au siège présidial de Poitiers, et plusieurs fois maire et échevin de la maison commune de ladite ville de Poitiers, en laquelle il décéda après s'être acquis une réputation d'oracle de vérité, de science et d'un désintéressement digne du cœur le plus noble.... Il y a plusieurs recueils manuscrits de ce grand homme en la bibliothèque de M. de Riparfonds, et c'est à ces recueils que se réfèrent les renvois que fait M. de Riparfonds par cette figure J. G. »

Il pourrait paraître, dès lors, infiniment vraisemblable que le *Coutumier* de 1486 a appartenu à Jean Gabriau de Riparfonds, et que c'est de lui que son fils le tenait. Mais il y en a, je crois, une preuve positive dans les notes dont ce *Coutumier* est couvert. Ces notes, en effet, et notamment les notes interlinéaires, me semblent être de la même main que plusieurs manuscrits ou mémoires dont Jean Gabriau est l'auteur, et qui existent aussi à la bibliothèque de la Cour de cassation¹.

Pourrait-on remonter au delà et suivre plus loin, dans le passé, le vieux volume? Je le crois. La famille Gabriau avait déjà eu, à cette époque, plusieurs générations de magistrats. Dans ce temps-là, les biens, les meubles eux-mêmes ne changeaient pas de maître aussi fréquemment qu'aujourd'hui. Les livres se transmettaient de père en fils. Il en était surtout ainsi des livres de droit dans les familles de magistrats et de jurisconsultes. Le coutumier de la province, sous l'empire duquel la famille elle-même s'était formée, et qui continuait de la régir, faisait partie en quelque sorte de la famille. C'était comme les images des ancêtres, qui passaient à l'aîné avec le principal manoir, et comme aujourd'hui encore la Bible protestante, sur laquelle chaque génération marque son passage, et dont les pages vénérées parlent en même temps de Dieu et des aïeux. Pourtant, nous n'arriverions guère ainsi qu'à des conjectures. Plutôt que de m'y hasarder, je m'arrête à un fait positif, où le lien est mieux marqué et plus sûr entre l'histoire de cette ancienne famille et celle de la coutume elle-même.

Notre exemplaire de 1486 contient, je ne l'ai point encore dit,

¹ Notamment les registres dont j'ai déjà parlé et dont je vais parler encore, où Jean Gabriau a copié de sa main un grand nombre de consultations et d'arrêtés.

avant le texte de la coutume, quelques pages manuscrites, reliées avec lui en un même volume. Ces premiers feuillets, au nombre de quatre, recto et verso, sont séparées du texte de la coutume par un faisceau de feuilles blanches, mais malheureusement ils sont moins bien conservés que le *Coutumier* lui-même. Le temps a jauni le papier et l'a rongé sur les bords. L'écriture est même effacée en divers endroits. On peut lire cependant, sauf quelques lacunes.

Ce commencement se rapporte à une rédaction ou compilation plus ancienne de la coutume de Poitou, laquelle fut faite en 1417, dans la ville de Parthenay en Gâtine, par des praticiens du lieu, qui y ont mis leurs noms¹.

J'ai raconté ailleurs² comment, en septembre 1839, je trouvai à la bibliothèque impériale une copie manuscrite de cette ancienne compilation. Personne, à ma connaissance, n'en avait parlé, et moi-même je n'en soupçonnais pas l'existence. Mes récentes recherches à la bibliothèque de la Cour de cassation m'ont donné la preuve que M. de Riparfonds père (Jean Gabriel) la connaissait. Il la cite, avec sa date, dans une note sur l'article 280 (ccclxxx) de la coutume³, en marge de la page 233 du commentaire de Jacques Barraud, in-4°, imprimé à Poitiers, en 1625, par Julien Thoreau et *la veuve* d'Antoine Mesnier.

Ce n'est point une autre copie de la rédaction de 1417 qu'on trouve dans les quelques pages qui sont en tête du *Coutumier* de 1486 : la place manquerait ; ce n'est qu'une introduction

¹ Entre ces feuillets, mais d'un plus petit format et écrite d'une autre main, il y en a une autre numérotée à la main 100, laquelle porte en tête :

« Articles de la coutume locale particulière observée en la ville et sénéschaussée du Dorat, contraires ou dissemblables aux coutumes de Poitou. » Suivent quatorze articles, dont l'un, le neuvième, reconnaît aux notaires, même seuls et sans l'assistance d'un second notaire, le droit de passer tous contrats.

² *Bulletins de la Société d'agriculture, belles-lettres, sciences et arts de Poitiers*, 1840.

³ « S'il n'avait nepveu, les enfans ou autres héritiers qui doivent faire la quarte foy se departiront comme entre nobles. » *Il y a ainsi en l'ancienne coutume manuscrite, compilée en l'an 1417, liv. V, tit. Des successions.* — L'article 280 de la seconde coutume réformée porte : « Et après la mort du dit nepveu ou autre heritier, les enfans d'iceluy, s'il n'avait nepveu ou autres heritiers qui doivent faire pour la quarte mutation foy et hommage, se départira comme noble. »

ou préface, suivie d'une table divisée en cinq livres, avec les rubriques des divers titres ou chapitres. Après quoi « s'ensuyvent les ordonnances faites aux grands jours de Poictou, tenus le dernier jour du mois d'octobre lan mil cccc et cinq, » et un extrait de l'ordonnance de Montils-les-Tours, du mois d'avril 1453¹.

La préface est en latin². Elle commence ainsi : « In nomine Domini nostri Jesu Christi quidquid agimus incipere debemus in nomine Domini. » Puis, après une foule de maximes de droit et de morale, à l'appui desquelles sont citées les lois romaines et le droit canonique, elle continue en ces termes, sauf quelques lacunes que de meilleurs yeux et des déchiffreurs plus habiles parviendront, sans doute, à combler : « Ideo venerabiles viri magistri Joannes de *Auberteria* baillivus Gastinæ, bachelarius in leg. Joannes de *Calciata*, Petrus *Roigne*, in legibus licentiati, Ludovicus *Moysen*, Robertus *Tutandi*, in legibus bachelarii, qui *Robertus* in hoc actu pro cæteris laboravit, et omnes in curia Laicali causarum patroni durante guerra in villa Partiniaci manentes, non otiosi volentes esse, sed solatia sibi quærentes, non causa invidiæ sed zelo justitiæ, considerantes quod..... antiquæ consuetudines non debent destrui, in authen. quibus modis nat. off. legib. coll. c. et quia plures juvenes et rudes forsitan consuetudines subvertunt et ita percellunt.... dicti venerabiles in anno Domini millesimo quadringentesimo decimo septimo non pro veter. sed pro juvenibus et rudibus hoc opusculum vocatum consuetudinarium super consuetudinibus patriæ pictavensis, quæ in parte jure scripto et in parte jure non scripto id est consuetudinario regitur summo opere et vigili curâ pro posse suo resecatis superfluis certas consuetudines brevi sermone conscript., quàm ultitudo scripturarum distrahit et pigris et ignorantibus jura non subvenitur. d. ex quibus causis major. enim utilius pauca idonea effundere quam multis inutilibus homines prægravare c. de veteri jure enucl. L. § contrarium et inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. d. de legibus L. de quibus, et ea quæ longâ consuetudine observata sunt non minus quam ea quæ

¹ Ordonnances signées Guignard avec un beau parafse, dit la table. Elle ajoute : « Comme aussi les coutumes et ordonnances (les autres apparemment) sont revêtues du seing du dit Guignard avec parafse. »

² Elle n'existe point dans le manuscrit de la Bibliothèque impériale.

scripta sunt jura servantur. L. sed et ea d. de legibus et consuetudo est Domine Dei et... omnium sapientum. Et per divisionem seu per articulos posuerunt quia per divisionem res dilucidius perpenditur. d. de extraord. cognit. L. cognitionum. Supplicantes ut si quis legens aliquid boni reperiat, laudet Deum et non temere reprehendat judicando antequam intelligat. Et si quid imperfectum inveniatur ut per legentes repleatur... » Suivent encore des citations et des maximes. La préface se termine par un souhait de longue vie qu'elle adresse « scribentibus legentibus et audientibus. » « Præbeatur auxilium et juvamen et bona vita longaque detur. »

Je parlerai ailleurs de l'importance historique de cette préface. Ce qui la rattache à l'objet du présent travail c'est, outre la place où nous l'avons trouvée dans le même volume que notre *Coutumier* de 1486, la mention suivante, placée en tête de ce que nous avons transcrit : « Extrait d'un ancien *Coutumier* de Poitou écrit à la main, prins de M. *Gabriau de la Garrelière*, conseiller au présidial de Poitiers ¹. » A la suite de la préface, la même mention est reproduite à peu près dans les mêmes termes : « C'est ce qui est au commencement d'un ancien *Coutumier* de Poitou, manuscrit que M. *de la Garrelière* m'a prêté, divisé en cinq livres ; et à la fin diceluy est ce qui sensuit : Incipiunt rubricæ hujus libri. *Primus liber* (avec l'indication, en français, des onze titres ou chapitres que ce premier livre contient : *De juridicion, et qui en est fondé. — De office de sergens, etc.*) ; *Liber secundus*, aussi avec l'indication de ses dix-huit chapitres ², etc.

Quel était, si nous pouvons le mieux savoir, ce M. *de la Garrelière*, et, comme il est dit d'abord, *Gabriau de la Garrelière*, entre les mains duquel se trouvait alors ce manuscrit ? Il était, la note nous le dit, conseiller au présidial de Poitiers. Nous voyons en effet, à la fin des « coutumes du comté et pays de Poitou, avec les annotations de M. Dumoulin, à Poitiers, par René Allain, imprimeur et libraire, DCXXVIII, un roolle des noms de MM. les président, conseillers et juges magistrats, qui tiennent à présent la Cour présidiale de Poitiers, » au bas duquel

¹ Et en marge : « C'ecy est le commencement du liure. »

² Cette table est conforme, sauf de légères variantes, à celle du *Coutumier* de 1486.

figure¹, parmi les conseillers, « M. L. *Gabriau*. » — Était-ce l'heureux possesseur du manuscrit ?

Je ne trouve nulle part dans les histoires de la province, ni dans les nobiliaires et dictionnaires généalogiques poitevins, le nom de *la Garrelière*. Mais voici ce que nous apprennent les documents que possède la Cour de cassation, et que nous avons déjà si souvent cités, le *fonds Gabriau*, pourrions-nous dire, comme, à la bibliothèque impériale, le *fonds Colbert* et tant d'autres.

Nous y voyons d'abord², parmi les magistrats ayant siégé dans une affaire jugée au présidial de Poitiers, le 7 mai 1638, M. *Gabriau*, sans autre désignation ; mais des mémoires à consulter, et des consultations délibérées quelques années plus tard, à l'occasion de débats d'intérêt qui s'étaient élevés dans la famille, contiennent des détails plus précis.

Lucas (la liste des magistrats du présidial, en 1628, ne nous donnait que l'initiale de ce prénom), *Lucas Gabriau*, écuyer, sieur de la *Garrelière*, conseiller au siège présidial de Poitiers, avait épousé, le 23 janvier 1614, demoiselle Marguerite Milon, fille de Pierre Milon³, sieur de Garnay, premier médecin du roi, et de Jeanne Clabat. Marguerite Milon mourut. *Gabriau de la Garrelière* se remaria. Il avait eu de son premier mariage une fille, Jeanne Gabriau, qui épousa, en 1637, Pierre du Monteil. Cette jeune femme elle-même vécut peu ; elle décéda, en 1644, sans laisser d'enfant. La difficulté dont j'ai parlé naquit au sujet de sa succession.

Marguerite Milon, en se mariant avec *Lucas Gabriau*, avait reçu en dot, de ses père et mère, 18,000 livres, dont 15,000 stipulées de nature d'immeubles et propre patrimoine, pour la future épouse et les siens, de son estoc et ligne, le futur époux s'engageant à en faire emploi en immeubles de même valeur et nature de propres, et pour le cas où il ne ferait pas ledit emploi, vendant, dès à présent, et consentant à la future et aux

¹ Jean Gabriau figure aussi sur cette liste, comme lieutenant particulier et assesseur civil.

² Deuxième registre ou papier manuscrit, relié en parchemin, p. 151.

³ Pierre Milon, médecin de Henri IV et de Louis XIII, doyen de la Faculté de médecine de Poitiers, mourut le 9 février 1616. (*De l'état des lettres dans le Poitou*, etc., par le citoyen de Ferrières. Poitiers, an VIII de la république.)

siens rente à raison du denier vingt (revenant par chacun an à la somme de 750 fr.), avec assignation sur tous ses biens; le premier terme payable six mois après la dissolution du mariage, jusqu'à l'amortissement, que le futur ou ses héritiers seraient tenus de faire dans deux ans, à partir de ladite époque.

A la mort de Marguerite Milon, Jeanne Gabriau, sa fille unique, avait hérité des 15,000 livres; et Jeanne elle-même étant décédée, cette somme se trouvait dans sa succession. Il s'agissait de savoir si elle appartenait au père ou bien à la famille maternelle. La difficulté venait principalement de ce que Gabriau de la Garrelière, en mariant Jeanne, sa fille, l'avait dotée, à son tour, de cette même somme de 15,000 livres, à prendre d'abord sur les biens et droits lui revenant du chef de sa mère. Jeanne avait été payée de sa dot, du moins en partie. Les deniers qu'elle avait reçus, et qui se trouvaient à présent dans sa succession, avaient-ils perdu la nature d'immeubles que le contrat de mariage de sa mère leur avait imprimée, et devaient-ils, dès lors, être attribués au père? Ou bien étaient-ils restés propres après la mort de Marguerite Milon comme de son vivant; et même après cet autre décès de Jeanne, sa fille? Telle était la question à résoudre¹. Les anciens avocats auxquels elle fut soumise, Brodeau était du nombre, la résolurent diversement. Nous avons leurs consultations datées de Paris, les 28 juillet, 19 août, 24 septembre 1644, et 7 avril 1645. Elles sont tout au long dans le recueil manuscrit de M. Jean Gabriau de Riparfonds, et copiées de sa main ainsi que les mémoires à consulter. C'est là que nous avons puisé les faits et les dates.

Lucas Gabriau de la Garrelière vivait donc dans le même temps que Jean Gabriau de Riparfonds². Ils étaient collègues au siège présidial de Poitiers³. Ils étaient même parents : oncle et neveu, je crois⁴. Si celui qui, dans la note que nous avons

¹ On voit là un exemple des embarras que faisait naître la maxime *paterna paternis, materna maternis*.

² On doit conclure de ce que dit Jean Umeau dans la préface de l'ouvrage que nous avons cité plus haut, que Jean Gabriau mourut en 1678 ou 1679 : « Defunctus à paucis mensibus Joannes Gabriau de Riparfonds, etc. » — L'ouvrage d'Umeau porte pour date de l'impression l'année 1679 : « Pictavii, excudebat Joannes Fleuriau, regis et academiæ typographus. 1679. »

³ Rôle, plus haut cité, des magistrats du présidial de Poitiers.

⁴ C'est ce qui paraît résulter de ce que dit Thibaudeau, *Abrégé de l'his-*

rapportée, dit avoir emprunté le manuscrit, est Jean Gabriau, comme nous le supposons, il faut reconnaître que personne, en effet, n'avait plus de facilité que lui pour en obtenir la communication.

Tout concourt ainsi à fortifier de plus en plus l'opinion, ne dois-je pas dire plutôt la preuve, que le vieux livre, en tête duquel on a fixé ces pages manuscrites, a appartenu à ce même Jean Gabriau de Riparfonds; qu'il l'a possédé longtemps et jusqu'à sa mort; et qu'il est même l'auteur d'une partie considérable des notes dont ce livre est chargé.

Maintenant, ce qu'il faudrait retrouver ce serait le manuscrit lui-même, c'est-à-dire peut-être le texte original de la très-ancienne coutume de Poitou. Il existait vers le milieu du XVII^e siècle; existe-t-il encore? Où est-il, s'il est quelque part? Serait-ce l'un de ces trois manuscrits¹ que l'annotateur de l'exemplaire de 1486 met perpétuellement en regard du texte imprimé, dans sa collation interlinéaire? — Ou bien ce manuscrit que, suivant une note moins ancienne du même exemplaire, écrite en marge de l'ordonnance du comte Alphonse sur les rachaps², possédait M. Berroier³, le collaborateur, je sup-

toire de Poitou, t. VI, liste des présidents et conseillers au présidial de Poitiers, liste, il est vrai, pleine d'exactitude, comme tout l'ouvrage.

¹ L'un de ces trois manuscrits, le manuscrit *cc* portait, à la fin, la signature de Janoillac, ainsi qu'on le voit par la note suivante de l'exemplaire de la Cour de cassation, n^o 98, après le dernier article du Coutumier : « Cy finist le manuscrit *cc* en ces termes : *Explicit liber consuetudinum pictaviensium. Signé de Janoillac.* »

² A la suite du chapitre 12 du livre V.

³ Cette note est relative à la date de l'ordonnance ou règlement d'Alphonse, lequel est daté, dans le Coutumier imprimé, de l'année 1100. Sur cela la note marginale dit : « *Nota.* Galand, page 67, et le manuscrit de l'ancien Coutumier de Poitou qu'a M. Berroier, portent 1107. » — Telle est bien, en effet, la date que Galand, dans son traité *Du franc aleu*, publié en 1837, sans nom d'auteur, assigne (p. 67) à ce règlement, « dont l'original en parchemin est, dit-il, au trésor des chartes du roi, dans un sac intitulé *Pictou*, n^o XLIX, scellé de xliij sceaux aux écussons des seigneurs établis par le titre par ordre. » La copie qu'il en donne diffère en plusieurs autres points de celle du Coutumier, qu'il dit être imparfaite et mal correcte. L'ordonnance d'Alphonse est aussi imprimée dans l'histoire de Thibaudeau et ailleurs. Il y a lieu de s'étonner, après cela, que M. l'abbé Gibaut, dans le discours qu'il prononça lors de l'ouverture de la bibliothèque de Poitiers, l'ait supposée inédite.

Quant à Berroier, si, comme nous le supposons, c'est Claude Berroyer, il

pose, d'Eusèbe de Laurière? — Ou bien encore cet « ancien *Coutumier* manuscrit estant ès mains de M. Milon, conservateur à Poitiers en l'an 1636, » et « à la fin » duquel étaient « des ordonnances faites par les officiers du roy en Poitou sur le fait de la justice, » ainsi qu'il est écrit en marge desdites ordonnances, dont une copie se trouve parmi les manuscrits de MM. de Riparfonds? — Ou enfin le manuscrit que cite de Laurière dans son commentaire sur la coutume de Paris ¹, pour expliquer ou corriger divers articles de la coutume de Poitou ², manuscrit qui existait, de son temps, dans la bibliothèque de M. Colbert, n° 2032?

Voilà bien des questions, et l'on pourrait en faire beaucoup d'autres. Peut-être, en continuant nos recherches, essayerons-nous d'en résoudre quelques-unes un peu plus tard.

NICIAS GAILLARD.

est étonnant qu'il n'ait pas parlé du manuscrit dont il était possesseur dans sa *Bibliothèque des Coutumes*.

¹ T. III, p. 333 et suiv., édit. de 1777, in-12.

² « Que l'on peut mettre, dit-il sévèrement et en généralisant beaucoup trop, au nombre des plus mal rédigées. »

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

(Suite¹.)

CHAPITRE IV.

Des preuves et des interlocutoires ou avant faire droit.

Avant de faire droit, et pour mieux faire droit, les tribunaux ont souvent besoin d'éclairer des faits douteux, des allégations contradictoires, de rechercher la vérité à travers les efforts intéressés des plaideurs pour la voiler ou la cacher entièrement.

De là les *interlocutoires* et toutes les autres mesures d'instruction réglées par la loi, telles que les *enquêtes*, l'*interrogatoire sur faits et articles*, la *comparution personnelle des parties*, la *descente sur les lieux*, le *rapport d'experts*, le *serment*, la *vérification des écritures*, etc.

Le but de toutes ces mesures préalables est trop évidemment utile pour qu'elles aient besoin d'être justifiées.

Mais il n'en faut pas abuser.

Introduites pour l'avantage des plaideurs, on ne doit pas les retourner contre eux, ni accéder trop facilement à leurs demandes d'instruction, « les affaires, selon la remarque de *Montesquieu*, n'auraient pas de fin, et on ruinerait les parties à force d'examiner. »

Il y a peu d'années encore, la tendance aux interlocutoires était trop marquée; heureusement elle s'affaiblit chaque jour; les statistiques constatent, en effet, une diminution successive et notable dans le nombre des jugements de cette nature.

Il en reste encore beaucoup.

Le dernier compte rendu nous apprend qu'en 1855 les juges de paix ont prononcé 59,792 jugements d'avant faire droit (10,218 de moins qu'en 1854). Ils ont ordonné par ces jugements 26,060 enquêtes, 7,428 expertises, 14,522 transports sur les lieux et 11,782 autres moyens d'instruction.

¹ V. t. X, 5^e livraison, p. 436 et suiv., 6^e livraison, p. 545, et t. XI, 3^e et 4^e livraison, p. 265.

Quant aux tribunaux de première instance, ils ont rendu dans le cours de la même année 32,736 jugements d'avant faire droit, dont 26,887 ordonnaient divers moyens d'instruction propres à éclairer la décision de ces tribunaux, et 5,849 sur des demandes incidentes ayant pour objet des pensions alimentaires et des mesures conservatoires.

En prenant ce chiffre réduit de l'année 1855, et en l'appliquant à toutes les années qui ont suivi la publication du Code de procédure civile, en réduisant aussi la taxe de ces interlocutoires à son *minimum*, en supposant enfin que, dans tous les cas, il n'y a eu en présence que deux parties seulement, et que nul incident ne s'est élevé, nous trouverions encore dans cette période de cinquante années une somme énorme de frais, qui se compterait *par millions*, et qu'il faudrait doubler assurément si on tenait compte des deux éléments que nous venons de déduire.

En présence de l'effrayant total qu'il serait facile de préciser à l'aide de documents officiels, il est permis de se demander si, au point de vue général et philosophique, les interlocutoires rendent ce qu'ils coûtent, s'ils tiennent ce qu'ils promettent, si leurs résultats, souvent équivoques ou nuls, quand ils ne sont pas dangereux, compensent utilement les lenteurs et les frais certains qu'ils occasionnent.

Les tribunaux se sont fait eux-mêmes cette question, et ils y ont répondu, comme on vient de le voir, en réduisant d'année en année le nombre de ces interlocutoires.

Il est permis d'espérer qu'ils les réduiront encore.

Ils savent, en effet, qu'à la faculté de les ordonner se joint pour eux la faculté de n'en tenir aucun compte, selon la maxime toujours en vigueur *judex ab interlocutorio discedere potest*.

L'usage trop fréquent de cette seconde faculté les a rendus plus sobres de la première.

Ils se défendent mieux contre cette habitude facile d'admettre des interlocutoires, sous prétexte que tous les *moyens étant réservés* on pourra, en définitive, les examiner plus tard et avec plus de maturité. Cet expédient dilatoire, ce sursis d'examen, qui repose l'esprit sans troubler la conscience, n'est pas toutefois irréprochable. L'attention du juge ne doit pas se *réserver* ainsi; elle doit être ferme, vigilante et entière dès l'origine; car enfin, parmi les moyens proposés, il peut s'en trouver un

qui rende l'interlocutoire inutile ; il vaut infiniment mieux le découvrir avant qu'après. On échappe ainsi au regret, qui doit être vif, de reconnaître cette inutilité quand il n'en est plus temps, et de juger la cause, abstraction faite d'un long et coûteux interlocutoire, par un moyen qui existait au début, mais qu'on n'a pas accueilli alors faute d'avoir été suffisamment médité et approfondi. De trop nombreux exemples ont signalé cet écueil à la conscience du juge.

Quelquefois il ordonne aussi des appréciations qu'il pourrait faire lui-même, aussi bien et quelquefois mieux que l'expert, avec cette différence que l'erreur du juge peut matériellement être compensée, et au delà, par les frais épargnés d'un interlocutoire.

Aussi, à la place de cette disposition si fréquemment employée..., « ordonne que le dommage sera établi par état et déclaration, par *témoins*, par *experts*, etc., » nous lisons plus souvent dans les décisions judiciaires : « Attendu que le tribunal est en mesure d'apprécier lui-même la valeur, l'indemnité, les dommages-intérêts, etc., etc. »

On ne saurait trop encourager ce mode d'appréciation, en le retenant, toutefois, dans des justes limites.

Ainsi il est des cas où une expertise est *obligatoire*¹.

Il en est d'autres où elle est évidemment *nécessaire*; notamment quand elle exige des connaissances spéciales et techniques que les juges ne possèdent pas. On peut se fier à leur sagesse pour discerner ces cas. Aussi serait-il téméraire de tracer des règles absolues sur les moyens d'éclairer leur conscience. Elle seule doit les dicter ; mais s'il était permis de formuler ces règles, nous les résumerions en une seule « : n'ordonner des interlocutoires que dans le cas d'une indispensable *nécessité*, et en l'absence bien constatée de *tout autre moyen* de découvrir la vérité et de rendre bonne justice. »

Ceci nous conduit à l'examen séparé de chacun de ces interlocutoires.

¹ Voir notamment les articles 466, 1559, 1678, 1716 du Code Napoléon, 7 de la loi du 21 frimaire an VII.

§ 1^{er}. — Des enquêtes.

Les *enquêtes* sont l'instrument écrit de la preuve testimoniale, instrument compliqué, imparfait, fragile, cher.

Est-il donc impossible de l'améliorer?

Plusieurs l'ont essayé; ils ont proposé divers moyens : l'abréviation des délais, la simplification des formes, la réduction des écritures, des significations, etc., etc.

Mais il est, à notre sens, un moyen plus simple et plus sûr de corriger ce long titre des *enquêtes* : c'est de le *supprimer entièrement* et d'en soulager le Code, le plaideur et le juge.

La mesure est *radicale*, sans doute; aussi veut-elle être complètement justifiée.

La preuve testimoniale est assez dangereuse en elle-même pour qu'on doive soigneusement éviter de la rendre plus dangereuse encore par la manière de la recueillir et de la constater.

On sait la défiance du législateur pour ce genre de preuve; il ne l'admet point, en règle générale, au-delà de 150 francs; triste révélation du degré de foi qu'il accorde au témoignage des hommes, alors même que ce témoignage est accompagné du serment!

Il y a, sans doute, de nombreuses exceptions à ce chiffre restreint, et la preuve testimoniale embrasse souvent des intérêts considérables¹.

Raison de plus pour la bien organiser. Et pour cela il ne faut pas de grands efforts, de pénibles recherches, d'innovations hasardées. L'organisation est toute faite; elle est déjà écrite dans la loi; il ne faut que l'emprunter au Code de procédure lui-même; il ne s'agit que d'une substitution, d'une transposition de titre. A la place de celui des enquêtes ordinaires, mettez ceux des enquêtes en matières sommaires, commerciale et de justice de paix, c'est-à-dire l'enquête orale à la place de l'enquête écrite, l'audition *publique* à la place de l'audition *secrète*.

Voilà toute l'innovation, ou pour mieux dire, toute la rénovation de ce qui existait autrefois.

¹ Consultez notamment les principes sur la preuve testimoniale en matière de filiation, de possession d'état, de servitudes, de prescription, de commencement de preuve par écrit, et généralement des cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale.

« On ne savait alors, dit le chancelier de L'hospital (t. I, p. 253), ce que c'était de plaider par écrit et produire devant les juges. Les causes, comme anciennement à Athènes, puis à Rome, se traitaient à l'audience; *les témoins y étaient ouïs*; les pièces, titres et instruments étaient lus et examinés, et le juge, par l'avis du conseil y assistant, donnait son jugement. »

Ce bon usage se perdit; l'ordonnance de 1667 s'écartant du droit romain¹ préféra les enquêtes écrites et leurs nombreuses et sévères formalités.

C'était un des griefs du nouveau régime contre l'ancien.

On se récriait avec raison, non-seulement contre le mode des enquêtes, mais encore contre leur multiplicité. Il est vrai que l'écriture étant alors plus rare que de nos jours, la plupart des conventions verbales *déniées* devaient être prouvées par témoins; c'était le beau temps *des enquêtes*. Aussi avait-on institué des chambres spéciales qu'on appelait *chambres des enquêtes*, et délégué, d'une manière générale et permanente, des magistrats qui prenaient le nom de *commissaires enquêteurs*. Ils avaient beaucoup de travail, et il s'aggravait pour eux de la nécessité d'écrire les dépositions toujours faites secrètement.

La loi du 27 mars 1791 déclara maintenir provisoirement sur ce dernier point les dispositions de l'ordonnance.

Mais celle du 7 fructidor an III disposa, au contraire, que les enquêtes se feraient *publiquement à l'audience*, même en matière civile.

Survint la loi du 27 ventôse an VIII, qui rétablit les avoués, mais sans s'expliquer sur le mode des enquêtes. Un arrêté des consuls de la même année décréta qu'en attendant *la simplification projetée de la procédure civile*, on suivrait encore l'ordonnance de 1667.

Cet arrêté consulaire n'empêcha point la Cour de cassation de décider, par un arrêt du 17 brumaire an XI, que les enquêtes civiles auraient lieu *à l'audience*, sauf les cas où elles devraient se faire sur les *lieux contentieux*, ainsi que l'avait prescrit une lettre du ministre de la justice du 5 messidor an X.

Mais cette lettre et cet arrêt restèrent comme une protestation inutile contre les enquêtes secrètes, et elles furent rétablies par

¹ V. la loi 3 du Digeste, *De testibus*.

un arrêté du 4 pluviôse an XI, qui porte : « *jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné*, les avoués suivront exactement, en ce qui concerne les *enquêtes*, les dispositions de l'ordonnance de 1667. »

Les premiers mots de cet arrêté semblaient donner l'espérance qu'il *en serait autrement ordonné* par le nouveau Code de procédure civile, qui déjà s'élaborait. Mais cette espérance fut trompée comme tant d'autres, et le Code reproduisit presque littéralement le titre des enquêtes de l'ancienne ordonnance.

Et cependant, en 1806, on était encore sous la vive impression de la publicité des débats en matière criminelle; on n'en savait trop exalter les bienfaits; on relevait complaisamment l'importance de cette conquête due à la sagesse de Louis XVI; on l'étendit encore; on la régla mieux, et elle passa, plus complète, dans notre nouveau Code d'instruction criminelle. On ne le dirait pas contemporain du Code de procédure civile; on ne dirait pas surtout qu'ils émanent l'un et l'autre de la même pensée, et qu'ils furent rédigés par les mêmes jurisconsultes.

Aussi est-on curieux de savoir les motifs qui firent conserver avec tant de soin l'ancienne procédure des enquêtes, malgré l'effroi qu'elle inspirait, non-seulement aux juges et aux parties, mais aux praticiens les plus aguerris qui la considéraient, qui la considèrent encore comme une œuvre difficile, une périlleuse entreprise environnée de risques et d'écueils, c'est-à-dire de nullités, de déchéances, de responsabilités, écrites, en effet, à chaque ligne de ces cinquante-deux articles qui composent le titre *douze* des enquêtes, le plus long de tous les titres du Code, sans en excepter celui de la saisie immobilière.

Et ces craintes, on le sait bien, n'étaient pas exagérées; elles ne se réalisent que trop souvent : nos recueils modernes, comme nos recueils anciens, sont pleins d'enquêtes *annulées*. C'est ici principalement qu'on pourrait se donner la triste et facile satisfaction de calculer les millions enfouis dans ces enquêtes inutiles, les cas multipliés où le bon droit a péri sous ces inflexibles formules qu'on dirait répandues à plaisir, comme autant de pièges, dans l'œuvre des commissaires enquêteurs.

Les discussions au Conseil d'État nous apprennent que l'enquête secrète ne l'emporta sur l'enquête publique que par ce double motif : 1° que la publicité imposerait aux témoins une *contrainte fâcheuse*; 2° que l'enquête faite devant le tribunal en-

tier lui prendrait *trop de temps*, ce qui pourrait entraver l'administration de la justice ¹.

Ces motifs sont-ils bien sérieux? Ne pourrait-on pas les invoquer, au contraire, en faveur de la publicité?

Elle imposerait au témoin une contrainte fâcheuse! Dites donc une crainte salutaire : celle du parjure.

La solennité de l'audience, le serment prêté devant l'image du Christ, devant le tribunal entier revêtu de ses insignes, devant tout l'auditoire, n'enlèveraient au témoin que la liberté *plus fâcheuse* de mentir à huis clos. Les témoins qui ont déposé avant lui, ceux qui vont déposer après, le surveillent et le retiennent autant que le regard du juge et du public. Une confrontation peut d'ailleurs être ordonnée à l'instant même pour éclairer un fait équivoque ou inexact, avantages considérables qui manquent à l'enquête dans le cabinet du juge.

Ici le serment et la déposition elle-même perdent quelque chose de leur solennité et de leurs garanties. La vérité, déjà si exposée dans une enquête, court plus de risques par ce mode de la chercher. Que d'exemples de témoins qui, venus à l'audience avec des dispositions trop bienveillantes pour l'une des parties, ont senti tout à coup ces dispositions se refroidir et la conscience reprendre sa force dans cette atmosphère de publicité et de justice qui arrache pour ainsi dire la vérité à celui qui n'aurait osé la trahir qu'à voix basse et les portes fermées.

« Le tribunal perdrait beaucoup de temps à faire lui-même les enquêtes à l'audience. »

Mais ici encore, c'est précisément tout le contraire.

L'enquête n'est pas destinée à rester enseveliè dans les cartons du greffe.

Après les expéditions et les significations faites à grands frais, elle arrive enfin à l'audience sous forme de procès-verbal.

Là il en est donné plusieurs lectures : la première par le demandeur, la seconde par son adversaire. Le ministère public peut la relire aussi, il le doit souvent. — Et dans la chambre du conseil, il peut devenir nécessaire de la relire encore une quatrième fois en tout ou en partie.

Ajoutez les commentaires et les observations dont chaque lec-

¹ Loqué. t. XXI, p. 293 et suiv.

ture est accompagnée, et nous atteindrons, nous dépasserons bien vite le temps consacré à l'enquête orale.

Et c'est bien cette dernière enquête qui a été précisément adoptée dans les affaires commerciales et sommaires, quelle qu'en soit la valeur (et elle est souvent considérable) pour faciliter *la rapidité de l'expédition*.

Mais, sous un autre point de vue plus essentiel, le jugement rendu après cette enquête orale, après le débat contradictoire auquel elle donne lieu, et sous les vives impressions du moment, n'offre-t-il pas plus de garanties de vérité et de justice ?

Il faut oser le dire : Le rédacteur d'une enquête, quelque habile qu'il soit, ne rendra jamais toutes les nuances d'une déposition ; pour la bien saisir, il est presque aussi nécessaire, — qu'on nous passe le mot, — *de la voir que de l'entendre*.

La physionomie du témoin, son regard, ses inflexions de voix, son attitude entière, sont une partie très-importante de son témoignage ; et cette partie fait encore défaut dans ce froid procès-verbal lu par des voix étrangères, plusieurs mois après sa rédaction, bien qu'il ait été rédigé à la hâte et presque à la minute, ce qui amène bien d'autres lacunes.

Il n'y en a pas à l'audience ; là tout le monde veille et surveille. Rien n'est perdu ; tout est compris, les paroles comme les gestes. Il y a dans ces témoignages instantanés, dans ces débats personnels, dans ces dialogues animés et presque dramatiques, quelque chose qui réveille et soutient l'attention du juge bien plus sûrement que ces longues et monotones lectures des procès-verbaux d'enquête. Nous en appelons à l'expérience de tous les magistrats.

Encore, si ces procès-verbaux pouvaient être la reproduction exacte de la déposition : nous ne parlons plus de l'accent et du geste qui colorent la parole, mais de la parole elle-même. Pouvez-vous espérer qu'avec la meilleure volonté et le soin le plus vigilant, il soit toujours possible au commissaire enquêteur de reproduire fidèlement les termes de la déposition, les nuances variées selon les lieux, l'éducation, les habitudes ? Le procès-verbal n'est, en définitive, qu'une *traduction*, et l'on sait que la fidélité des traductions n'est pas proverbiale, même dans les œuvres littéraires, où le traducteur peut néanmoins prendre son temps pour étudier et s'assimiler la pensée de l'original.

Une traduction ! mais il en faut quelquefois deux. Ainsi, dans

certaines contrées, dans nos pays méridionaux, par exemple, le juge-commissaire, traducteur légal des témoins, a besoin lui-même d'un interprète-juré, parce qu'il ne connaît pas suffisamment l'idiome des campagnes. C'est donc à travers les incertitudes, les équivoques, les accidents de cette double version, que la déposition arrive au tribunal, Dieu sait dans quel état ¹ !

Nous venons de parler des avantages de la publicité en matière criminelle. Eh bien ! il n'est pas un seul de ces avantages qui ne s'applique aux enquêtes civiles. Dans les unes et dans les autres, il s'agit de découvrir la vérité, et l'audition secrète, tout le monde en convient, ne la donnera jamais aussi bien et aussi vite que l'audition publique.

Sans doute le juge criminel est obligé de recourir successivement à toutes les deux pour mieux préparer et éclairer l'instruction.

Mais vienne le jour du débat, l'enquête écrite est mise de côté, non-seulement comme inutile, mais comme dangereuse. Le législateur a compris lui-même combien les deux enquêtes sur le même fait se ressemblaient peu ; la seconde n'est pas même une traduction de la première ; c'est un texte nouveau, le seul que les juges et les jurés doivent consulter, car c'est le seul qui ait été entouré de toutes les garanties de cette publicité, qui, au civil comme au criminel, est la condition première, l'âme, la vie de la justice.

¹ En vérité, après la lecture de quelques enquêtes ainsi traduites deux fois du basque, du bas-breton et de l'auvergnat, le magistrat, incertain et quelque peu impatient, est tenté de les comparer à certaines dissertations étymologiques, et de s'écrier avec le poète :

*Alphana vient d'æquus sans doute ;
Mais il faut convenir aussi
Qu'en venant de là jusqu'ici
Il a bien changé sur la route*.*

C'est probablement pour éviter ce *changement des témoignages en route*, que l'ordonnance du mois de juin 1510 prescrivait la rédaction des enquêtes en *langue vulgaire*, et que d'autres ordonnances, dictées par le même esprit, voulaient que les *magistrats fussent choisis autant que possible dans la localité*, mesure pleine de sagesse, et dont il nous semble qu'on ne devrait s'écarter, même aujourd'hui, que quand les nécessités du service l'exigeraient impérieusement.

* *Ménage* fut si peu blessé de cette innocente épigramme du chevalier de Cailly, qu'il l'inséra dans une nouvelle édition de son Dictionnaire étymologique.

Il se présente encore d'autres considérations qui, bien que secondaires, ont aussi leur importance.

On sait que les enquêtes peuvent être recommencées aux frais du juge-commissaire, quand la nullité provient de son fait (art. 292), mais qu'il en est autrement quand la nullité est le fait de l'avoué ou de l'huissier (art. 293). Dans ce dernier cas, l'enquête est à jamais anéantie; le droit qui en résultait a péri sans retour.

Sans nous associer aux vives critiques dont ces deux dispositions comparées ont été l'objet, nous devons cependant constater leur étrange résultat¹.

Et d'abord, quant au juge-commissaire, voyez la position qui lui est faite envers les parties et leurs avoués!

Si l'enquête est attaquée pour une nullité du fait du juge, celui-ci pourra-t-il siéger pour apprécier cette nullité, et décider si l'enquête doit être recommencée à ses frais?

Oui, à moins qu'il n'ait été *formellement récusé*. C'est ce que la Cour de cassation a décidé à notre rapport, le 11 décembre 1850². Elle ne pouvait pas juger autrement en présence de la loi actuelle, tout en regrettant peut-être que le juge placé dans cette position ne se soit pas volontairement abstenu.

L'incident vidé entre lui et la partie, pourra-t-il rester juge du fond?

Oui encore, et *à fortiori*, car alors il n'y a point, comme dans le premier cas, motif de récusation; on ne peut pas invoquer la règle de droit naturel et civil qui défend d'être juge dans sa propre cause.

Mais, dans l'un et dans l'autre cas, qui ne voit que le caractère du juge n'est pas demeuré entier? Sans doute, et nous aimons à le croire et à le dire, son impartialité ne sera pas altérée par cet intérêt d'amour-propre et d'argent qui est né pour lui de la nullité qu'on lui reproche; mais enfin, ne suffit-il pas qu'on ait quelque motif apparent de le craindre pour qu'il

¹ Le Code de procédure piémontais, emprunté au nôtre, n'a pas conservé cette distinction. Son article 316 est ainsi conçu : « Si l'enquête est déclarée nulle en tout ou en partie *par la faute du juge-commissaire, ou du procureur, ou de l'huissier*, elle sera recommencée, en tout ou en partie, aux frais de celui qui aura donné lieu à la nullité. » — V. l'exposé des motifs au Tribunalat. (Loché, t. XXI, p. 621.)

² Sirey, 1851, 1, 356.

y ait déjà un grand dommage pour la justice et pour le juge?
D'autres épreuves l'attendent.

La déférence respectueuse qui pourrait retenir quelquefois la partie ou son avoué dans la question délicate de *récusation* et de *responsabilité* cessera bien vite s'il s'élève quelque doute sur l'origine de la faute, sur l'auteur de la nullité. On comprend l'importance de ce débat et l'intérêt du plaideur à faire déclarer l'enquête nulle par le fait du *juge* et non de l'avoué, puisque, ainsi que nous venons de le voir, elle peut être recommencée dans le premier cas et non dans le second.

Tous les efforts de la partie, ceux de l'avoué surtout, soucieux à juste titre de sa responsabilité personnelle, se dirigeront alors contre le juge. Le débat s'établira entre eux; ils se renverront la faute, la nullité, la peine. Il peut être quelquefois difficile de faire la part de chacun; la faute pourrait bien être commune; et, dans ce cas, le juge et l'avoué seront-ils condamnés aux frais par moitié? L'enquête pourra-t-elle être recommencée?

Autre question: Le juge dont l'enquête sera déclarée nulle par son fait restera-t-il commissaire pour l'enquête nouvelle? Pourra-t-on lui refuser sa revanche et la consolation de montrer que, malgré son premier échec, dont il paye les frais, il sait faire une enquête valable aux frais de la partie?

Et si l'accident se renouvelle, recommencera-t-il une troisième, une quatrième enquête, etc., jusqu'à ce qu'il arrive à bonne fin?

Nous ne créons pas à plaisir toutes ces hypothèses; nous les prenons dans la doctrine et la jurisprudence¹. Nous pourrions les multiplier et poser bien d'autres questions, moins pour les résoudre que pour montrer les vices de la législation qui les fait naître.

Que si l'on veut, toutefois, avoir une idée plus complète de ces vices, de ces complications, de ces inconvénients, de ces dangers, on n'a qu'à lire, non pas les ouvrages et les recueils d'arrêts relatifs aux *enquêtes* (plusieurs années n'y suffiraient pas), mais seulement la *table* de ces livres, et on verra à la multiplicité et à la singularité des questions qu'il n'y a jamais eu, dans aucune législation (nous n'en exceptons pas les *actions* du

¹ V. notamment Chauveau sur Carré, n^{os} 430 et suiv., et le *Répertoire* de Dalloz, v^o *Enquête*.

droit romain), une mine aussi féconde pour la chicane. Elle est exploitée depuis bien longtemps; mais elle est si riche de son propre fonds, qui se renouvelle sans cesse, qu'on peut dire hardiment qu'elle est inépuisable. Voilà pourquoi il faudrait la fermer et en défendre les abords.

Nous ne parlons pas des *frais d'exploitation*; mais, toute figure à part, la question des frais et dépens des enquêtes écrites, bien que très-secondaire en présence des autres considérations que nous venons d'indiquer, ne doit pas cependant être négligée.

D'habiles praticiens ont composé et décomposé les frais d'une enquête. Nous ne les suivrons pas dans leurs chiffres; disons seulement qu'une enquête ordinaire coûte en moyenne de *trois à quatre cents francs*, et que cette somme est bien vite doublée pour peu qu'il y ait d'accidents et d'incidents, et il y en a beaucoup dans les enquêtes,

Les seuls articles relatifs aux *reproches des témoins* en fournissent abondamment. Ils peuvent eux-mêmes donner lieu à des enquêtes particulières, entées sur les enquêtes principales; aussi a-t-on vu les frais de ces interlocutoires atteindre et dépasser la somme de *deux mille francs*, même dans des cas où la valeur du litige était de beaucoup inférieure.

Les enquêtes orales, empruntées aux matières sommaires et commerciales, épargneront aux plaideurs la plus grande partie de ces frais; elles leur épargneront surtout ces fatales nullités qui naissent à chaque phase, à chaque pas de ces longues procédures écrites.

Sans doute il sera quelquefois nécessaire d'écrire, même dans les enquêtes sommaires; la loi elle-même a prévu et réglé ces cas. Ainsi les témoins seront-ils éloignés ou empêchés, la cause sera-t-elle susceptible d'appel, il faudra bien écrire alors, mais sans que ces écritures soient exposées aux longueurs et aux formalités dont elles sont inutilement surchargées par le titre 12.

Qu'on relise attentivement les dispositions relatives aux enquêtes sommaires, commerciales et de justice de paix¹, et on demeurera convaincu qu'elles suffisent parfaitement à toutes les nécessités, à tous les intérêts, qu'elles présentent toutes les

¹ V. les articles 34 et suivants, 407 et suivants et 432 du Code de procédure civile.

garanties et assurent des avantages considérables dont le premier, qui les domine tous, sera la découverte plus facile et plus certaine de la vérité.

D'honorables écrivains, loin de redouter cette heureuse simplicité de formes et leur application générale, voudraient qu'on les simplifiât encore.

Ainsi l'article 413 renvoie au titre 12 pour un grand nombre de formalités.

N'en pourrait-on pas supprimer quelques-unes ?

Et notamment, la signification au témoin du dispositif du jugement qui ordonne la preuve, signification inutile et quelquefois dangereuse quand elle s'adresse à des témoins d'une moralité douteuse ?

Il y aurait encore d'autres observations de détail. Ainsi le titre 24 n'impose pas aux témoins l'obligation du serment. Il faudra nécessairement emprunter cette obligation au titre 12, emprunt que la jurisprudence lui a déjà fait, en décidant que le serment des témoins est une condition substantielle de toutes les enquêtes ordinaires, commerciales ou sommaires¹.

Point de difficultés sur ce point ni sur quelques autres de même nature ; la rédaction sera facile. L'essentiel est d'être d'accord sur la grande question, la substitution de l'enquête *orale* à l'enquête *écrite*. C'est le point décisif, c'est le changement *radical* annoncé d'entrée, et qui par cela même, ayons-nous dit, avait besoin d'être *complètement justifié*.

Nous n'oserions pas espérer d'y être parvenus par nos seules observations ; mais nous les avons empruntées, en grande partie, à des auteurs considérables qui sont unanimes sur cette question. Nous n'en connaissons pas un seul qui ait essayé de défendre ce régime des enquêtes secrètes, sous lequel nous vivons depuis tant de siècles, et qui, par cela même, semblait devoir trouver quelques défenseurs. Nul ne s'est présenté.

Le jurisconsulte qui lui porta, sinon le premier coup, du moins le coup le plus rude, fut M. *Toullier* dans son tome IX, publié en 1824.

Nous voudrions pouvoir reproduire *in extenso* son énergique protestation.

¹ Le dernier arrêt de la Cour de cassation qui l'a ainsi jugé a été rendu le 26 décembre 1855, au rapport de M. le conseiller *Laborie*.

Après avoir rappelé toute la fragilité de la preuve testimoniale et les difficultés de la recueillir, l'auteur ajoute (p. 519, n° 324) :

« Malheureusement notre Code de procédure enlève aux juges le moyen le plus *puissant*, le plus *efficace*, et presque le *seul*, de lever ou de déchirer le voile dont l'art d'un témoin de mauvaise foi cherche à couvrir la vérité, et de percer les ténèbres dont il cherche à l'envelopper. »

L'auteur fait ressortir tous les avantages de la déposition *publique*, en s'autorisant de l'exemple des affaires criminelles, correctionnelles, commerciales et sommaires.

« Tels sont les grands moyens, dit-il, que la *raison* fournit au magistrat pour dissiper le doute que peut faire naître la collision des témoignages; il n'est pas nécessaire qu'il soit un *Salomon* pour découvrir et discerner la vérité dans de pareils débats.

« Mais, dans les matières civiles ordinaires, les témoins ne sont pas entendus à l'audience. Leur déposition est entendue par un commissaire accompagné de son greffier.... Les reproches, les explications et les interpellations sont consignés dans le procès-verbal du commissaire qui rédige les dépositions et les fait écrire par son greffier; elles sont ensuite lues à l'audience du tribunal, mais sans appeler les témoins pour expliquer ce qui peut s'y trouver d'obscur, d'équivoque ou de contradictoire.

« Combien les dépositions écrites presque dans le secret, et dérobées à l'importante publicité de l'audience, sont froides et peu satisfaisantes auprès de ces dépositions orales et animées, faites en présence du public et des magistrats assemblés! C'est bien le cas de s'écrier avec l'empereur *Adrien* : J'en crois les témoins, et non les témoignages écrits, *rescripsit se testibus non testimoniis crediturum*. J'en crois les témoins parce que je les interroge pour savoir la vérité...., *namque ipsos interrogare soleo*. L'autorité des témoins présents, la foi qu'ils méritent, est donc toute autre que celle des témoignages écrits que l'on récite aux juges : *Alia est auctoritas testium presentium, alia testimonium quæ recitari solent*. — Les témoignages qu'on présente écrits aux juges sont véritablement, comme dit le proverbe, des témoins sourds qui n'entendent point, des témoins muets qui ne répondent point, *surda et muta testimonia*. »

L'auteur rappelle la discussion incomplète du Conseil d'État, et il ajoute :

« Ainsi ce fut sans discussion qu'on laissa passer dans le Code de procédure la disposition importante qui veut que, dans les affaires ordinaires, les témoins soient entendus devant un commissaire hors de la présence des juges ; ce fut sur l'allégation vague que leur audition à l'audience n'était pas sans difficultés, difficultés que le rapporteur n'indiquait même pas. » *Toullier* examine ensuite ces difficultés possibles ; il les écarte facilement, et conclut que l'enquête orale présente le triple avantage « d'économiser les frais, d'accélérer le cours de la justice et d'ouvrir la voie la plus sûre, la seule peut-être de découvrir la vérité. »

Boncenne est encore plus sévère pour les enquêtes écrites ; il reproduit les mêmes idées que *Toullier*, mais avec cette verve de style qui sait donner de l'intérêt aux matières les plus arides.

La discussion au Conseil d'État, que *Toullier* appelait une *déclamation*, est ainsi appréciée par le regrettable professeur de Poitiers :

« Il n'y avait rien là de sérieux, d'approfondi ; ce n'étaient que des lieux communs du vieux temps ; sauf la présence des parties aux dépositions, le titre du Code sur les enquêtes n'est que la répétition des anciennes ordonnances : c'est toujours le juge A qui recueille les preuves et souvent ne juge pas ; mais les juges B et C qui font le jugement sans avoir entendu un seul des témoins. M. l'archichancelier était pourtant le même qui, à la tribune de la Convention nationale, avait reproduit la proposition d'importer chez nous le *jury anglais* avec toutes les publicités pour la décision des *affaires civiles*.

» Aujourd'hui les meilleurs esprits sont unanimes sur les avantages de la publicité ; tout a été exposé, pesé, reconnu. Il n'y a plus qu'à résumer : Si la liberté réclamée par les témoins est celle qui permet de dire, non tout ce qu'ils savent, mais tout ce qu'ils veulent, le secret doit leur être très-avantageux, et ils doivent attacher beaucoup de prix à cette attention délicate qui les met à couvert du contrôle, et même des regards du public. Il faut avoir le témoin devant soi pour mesurer la confiance qu'on doit avoir en lui. Jamais la lecture seule d'une déposition ne donnera une juste idée de l'intelligence et du caractère de

celui qui l'a faite, du calme ou de l'emportement de son témoignage, de son apprêt ou de sa naïveté.

« C'est une tâche fort difficile que d'écrire la déposition d'un témoin, de lui conserver toute sa physionomie, de n'exprimer ni plus ni moins, et de rendre le degré précis de sa conviction. Calculez toutes les nuances que présentent certains mots, la valeur que leur donne telle ou telle manière de les proférer, la différence des habitudes de l'homme qui dépose et du juge qui rédige, la variété des sens qu'ils attachent aux mêmes termes, — et dites si vous pouvez raisonnablement vous flatter de recueillir dans la lecture d'un procès-verbal d'enquête cette certitude morale qu'il faut avoir pour décider en sécurité de conscience. »

« Pourquoi ce qui est salubre, précieux dans les Cours d'assises, dans les tribunaux correctionnels, dans les tribunaux de commerce, serait-il mauvais, inconvenant, dangereux dans les tribunaux civils? Pourquoi ce qui est utile, expédient pour les affaires sommaires, se changerait-il dans le même tribunal en abus, en entraves pour les affaires ordinaires? Pourquoi une forme d'enquête qui donne assez de garanties pour débattre une question de vie ou de mort, ou pour constater un marché de quelques millions, ne serait-elle ni assez sûre ni assez digne pour établir la possession trentenaire d'un sillon de terre? » (T. IV, p. 312 et suiv.)

Il poursuit ainsi une à une les objections timidement essayées contre la publicité des enquêtes, et il termine ainsi :

« L'esprit de réforme s'est pris dans ces derniers temps à beaucoup de choses touchant l'administration de la justice, qui, certes, n'offrait pas autant d'abus à corriger et de dangers à prévenir que notre système mi-parti d'enquêtes publiques et d'enquêtes secrètes. Dieu veuille que l'on s'avise enfin d'y songer sérieusement, et que l'on vienne à reconnaître que l'exception vaut infiniment mieux que la règle! »

Ces plaintes et ces vœux ont été recueillis et répétés par les auteurs modernes qui ont écrit sur le même sujet; nous ne reproduirons pas leur opinion, de crainte de tomber dans de nouvelles redites; on nous pardonnera celles qu'on vient de lire en faveur de l'importance du sujet. N'oublions pas, d'ailleurs, qu'il s'agit de déchirer un titre entier de notre Code, et qu'une pareille innovation ne saurait être trop autorisée, trop justifiée

aux yeux de ceux qui, comme nous, ne voudraient toucher à nos lois que dans les cas d'une nécessité absolue et démontrée.

• Cette démonstration a été faite de nouveau par MM. *Dalloz*, Répertoire, v° Enquête, p. 612, n° 17 ; *Boitard*, n° 556 ; *Regnard*, p. 361 ; *Bordeaux*, p. 542, *Seligman*, p. 191.

Nous avons déjà dit que les ouvrages de ces deux derniers auteurs avaient été couronnés par l'Académie des sciences morales et politiques. Nous ne voulons pas assurément la rendre solidaire de toutes les doctrines émises par les écrivains à qui elle décerne ses hautes récompenses ; mais nous avons quelques raisons de penser qu'elle approuva, dans cette circonstance, les vœux déjà formés par de savants jurisconsultes et renouvelés par ses deux lauréats, touchant la substitution des enquêtes publiques aux enquêtes secrètes. Nous pourrions même ajouter, sans témérité, que le titre des *enquêtes* ne fut pas étranger à la pensée de l'Académie, quand elle formula le sujet mis au concours, pour l'année 1851, dans les termes suivants, que nous avons déjà rapportés :

« Quelles sont, au point de vue juridique et philosophique, les réformes dont notre Code de procédure est susceptible? »

A la seule lecture de cette question, le titre des *enquêtes* dut se présenter un des premiers à l'esprit de tous ceux qui s'occupent de législation.

Il fut également signalé d'une manière toute spéciale à la commission chargée, en 1849, de reviser le Code de procédure civile.

Ainsi ce titre des *enquêtes* pèse à tous ; il n'y a qu'une voix pour en demander la suppression. Ceux-là même qui, par état, en retirent quelque profit, ont la loyauté d'en signaler les abus et les dangers, et de répéter avec nous que *jamais réforme législative n'aura été plus nécessaire et ne sera mieux accueillie*.

§ 2.— *De l'interrogatoire sur faits et articles, de la comparution personnelle des parties, et du serment.*

Ce sont autant d'appels faits à la conscience d'un plaideur, appels rarement entendus ; car si cette conscience, qu'on interroge judiciairement, s'était interrogée elle-même avec sincérité, on ne serait pas devant les tribunaux. Là, il est bien tard pour obtenir un aveu, un retour à la vérité ; il y a parti pris. Les procès où de tels moyens doivent être employés sont déjà une

forte présomption de la mauvaise foi de l'une des parties, sinon des deux. C'est ici encore que l'étude du moraliste peut venir en aide à l'œuvre du législateur.

Le titre XV du Code de procédure civile, intitulé *De l'interrogatoire sur faits et articles*, a été presque littéralement copié, comme celui des enquêtes, dans l'ordonnance de 1667, et, comme lui, il a été l'objet de nombreuses et vives critiques.

Toutes ne sont pas fondées; mais il en est que l'expérience, le plus infallible des censeurs, a pris soin de justifier; non que les imperfections signalées conduisent au rejet absolu de ce mode d'instruction, ainsi que de graves auteurs le demandent. Mais faut-il au moins, en le conservant, essayer de le rendre plus utile et de mieux assurer son but.

La première et la plus importante modification devrait, selon nous, porter sur l'article 329.

Cet article veut que les faits sur lesquels on se propose d'interroger un plaideur lui soient signifiés *au moins vingt-quatre heures à l'avance*.

C'était aussi l'ordonnance, et le motif de l'ordonnance et du Code était *qu'il ne fallait pas surprendre des gens simples par des questions imprévues*.

M. le premier président *de Lamoignon* s'éleva avec force contre ce raisonnement, auquel il renvoya le reproche de simplicité.

« Lorsqu'on communique les faits, dit-il, c'est donner aux gens les moyens de se préparer contre la vérité, *laquelle n'a pas besoin de conseil pour se produire*. Un chacun doit savoir ce qui est de son fait, et ne saurait être tenu de répondre sur autre chose. D'ordinaire, ceux qui sont interrogés consultent bien moins *leur conscience que le palais* sur ce qu'ils ont à dire; ils apportent des réponses toutes faites; de sorte que tout l'effet de l'interrogatoire n'est que de transcrire des réponses que la partie a déjà elle-même rédigées par écrit. *On n'a point vu qu'un homme préparé sur ce qu'il doit répondre ait jamais perdu son procès par sa bouche*. C'est bien souvent l'occasion d'un parjure prémédité qu'il serait beaucoup meilleur de retrancher. »

Ce langage sensé ne fut pas écouté; l'article passa. *M. Pussort en ferait passer bien d'autres*, s'écrie impatiemment un auteur que nous avons déjà cité et qui déplore que cette disposition ait aussi passé dans notre Code. « Je m'étonne en vérité,

ajoute-t-il, qu'on n'ait pas songé à dire que le juge communiquerait aussi les questions qu'il se proposait d'adresser d'office, *de peur que les personnes simples ne fussent surprises par des interrogations imprévues*¹. »

Et remarquons bien que pour donner à l'interrogé, non-seulement le temps d'improviser son thème, son roman, selon l'expression d'un autre auteur, mais encore la liberté de le réciter plus couramment et d'une voix plus assurée, on a soin d'écarter son adversaire. Sa présence pourrait le gêner. Il peut assister à l'enquête, il ne peut pas assister à l'interrogatoire; l'article 333 le lui défend.

Cet article rappelle le procès que notre célèbre *Dumoulin* eut à soutenir contre le frère d'Antoine *Duprat*. Il obtint que ce dernier fût interrogé sur faits et articles; mais il désirait assister aux réponses de son adversaire, *quia non tam facile negaret*. Mais le principe de l'article 333 était en vigueur dans le ressort du parlement de Paris; il l'emporta sur l'argument si vrai de *Dumoulin*. Sa demande fut rejetée, et il s'en vengea en annotant l'arrêt de ces mots : *in hoc curia pessimè judicavit*.

Cette note sévère ne nous a point préservés de l'article 333.

Il est là comme une circonstance aggravante de l'article 329.

Les rares partisans de l'un et de l'autre en ont fait eux-mêmes la plus juste critique en croyant les défendre.

Ne pouvant méconnaître les graves inconvénients de la communication préalable des faits, ils ont prétendu la corriger en autorisant la partie à remettre *secrètement* des notes *secrètes* au juge-commissaire, pour lui dicter les questions qu'il peut adresser d'office à l'interrogé selon le même article 333.

Qu'on usât de ce moyen au temps des procédures occultes et dans les pays d'inquisition, qu'il n'ait été considéré alors que comme un *innocent artifice, que la justice permet*, selon l'expression de *Ferrière*², on peut le comprendre; mais que des auteurs modernes aient professé la même doctrine, pour justifier, en quelque sorte, l'imprévoyante confiance de la loi dans

¹ Boncenne, t. IV, p. 519 et 554. — Il montre aussi très-bien que si le délai de vingt-quatre heures ne suffit pas à la partie pour combiner sa réponse et la concerter, selon les cas, avec celles de ses coïntéressés, il lui sera facile, soit en faisant défaut au jour indiqué, soit à l'aide d'autres incidents, de se donner un délai plus long.

² Voir son *Dictionnaire de pratique*, v° *Faits secrets*.

une mesure toute de défiance, voilà ce qu'il est plus difficile de concevoir.

La plupart de ces auteurs parlent de ces *notes secrètes* sans les approuver ni les imputer, comme d'un fait acquis, d'un usage reçu.

Pigeau va plus loin; il réalise en quelque sorte l'ironique supposition de *Boncenne*.

« Si le juge qui interroge, dit-il (t. 1, p. 235), croit qu'il serait à propos de communiquer des réponses de l'interrogé au demandeur pour fournir de nouvelles instructions et faire des interrogations en conséquence, il conserve quelques-uns des faits signifiés sur lesquels il n'interroge pas et remet la vacation à un autre jour pour donner le temps au demandeur de prendre lecture de ces réponses et de fournir des instructions. Au jour indiqué il continue l'interrogatoire; il entremêle les faits signifiés avec ceux secrets, etc. »

Quelle que soit notre déférence pour le doyen des commentateurs du Code de procédure civile, et notre confiance habituelle dans ses décisions, nous ne pouvons accepter celle-ci ni approuver cette espèce de plan de campagne trop habilement organisé par l'une des parties contre l'autre, et dont l'exécution réclame la connivence, la familiarité complaisante, la complaisance du juge.

Qu'on ne répète plus que tous les moyens sont bons pour découvrir la vérité; nous aimons peu cet axiome, à l'aide duquel on justifiait aussi la *torture* jusqu'au moment où elle fut abolie par Louis XVI.

Non, tous les moyens ne sont pas bons pour découvrir la vérité; la justice doit, au contraire, les choisir dignes d'elle et de la vérité elle-même. Il faut que ces moyens soient sérieux, sincères, loyaux. Elle n'en saurait admettre d'autres; elle ne saurait surtout descendre à ce manège de dissimulation et de ruses, de guerre couverte, d'instructions mystérieuses, de confidences équivoques, inconvenantes et dangereuses entre elle et l'un des plaideurs. Nous aimons à douter, malgré de nombreux témoignages approbateurs, qu'il en fût ainsi au Châtelet. Mais, à coup sûr, la magistrature nouvelle ne méritera jamais un tel éloge. Elle ne verra dans ce moyen suspect de corriger une loi défectueuse qu'une preuve de plus de son imperfection.

Enfin, pour que l'interrogé puisse bien se donner carrière et

né rencontrer d'obstacle d'aucune espèce, on le dispense du *serment* qu'il devrait prêter comme témoin.

On voit que toutes les précautions sont prises avec une sorte de complaisance pour que l'interrogatoire devienne inutile ou dangereux, et, en vérité, nous sommes obligés de subir le reproche que des savants étrangers nous adressent un peu durement à ce sujet :

« Si jamais, dit l'un d'eux ¹, le législateur se propose le problème du mode le plus sûr de ne pas atteindre la vérité, le Code de procédure français lui en fournira la solution au titre de l'*interrogatoire sur faits et articles*. Pour éviter à la partie l'ennui de la publicité, l'embarras d'un contradicteur, pour affaiblir les conséquences de ses tergiversations et la honte de ses mensonges, pour lui fournir les moyens de méditer et de calculer ses réponses à tête reposée, ce Code exige qu'elle soit interrogée en secret par un seul juge, hors de la présence de son adversaire, et que les faits sur lesquels l'interrogatoire a été requis lui soient communiqués au moins vingt-quatre heures à l'avance. »

Les auteurs français, quelquefois indociles à la critique étrangère, se sont associés pleinement à celle-ci, et quelques-uns ont même renchéri sur les épigrammes dirigées contre notre loi par les docteurs anglais et genevois ².

Ce serait peut-être une suffisante raison de ne pas reproduire leurs paroles ; mais à quoi servirait, d'ailleurs, de multiplier les citations, les critiques et les plaintes sur un mal certain et avéré ? Ne vaut-il pas mieux chercher le remède ?

Celui qui se présente le premier consisterait encore ici dans la *publicité* substituée au *huis clos*. L'interrogatoire serait prêté à l'audience, devant le tribunal entier, et en présence de toutes les parties et du public, sans communication préalable des faits.

Ainsi, les explications seraient soudaines, contradictoires ; l'une naîtrait de l'autre ; elles se provoqueraient et s'éclaireraient mutuellement. C'est dans ce débat personnel, dirigé par la sagesse du juge, qu'un cri de la conscience peut s'échapper, que la mauvaise foi court plus de risque d'être surprise et con-

¹ M. Bellot, dans l'ouvrage déjà cité, p. 147. Il invoque l'autorité de Bentham.

² On peut consulter notamment Boncenne, Bonnier, Boitard, Regnard, Bordeaux, Seligman, sur ce titre de l'*interrogatoire*, etc.

fondue. Les plis et les replis de la cause sont déjà connus. Si le fait décisif est encore entouré de quelques nuages, ils se dissipent bien vite sous la parole imposante et exercée du magistrat, dont les interrogations prudemment ménagées et alternées peuvent aisément dégager la vérité du mensonge. Ici comme dans les enquêtes publiques, et plus encore, l'attitude et l'accent de l'interrogé et de l'interrogateur aideraient puissamment à mesurer la portée de leurs demandes et de leurs réponses; tous les juges voient et écoutent. Ils peuvent suggérer au président des questions importantes qui échapperaient par hasard à son attention. Combien cette épreuve contradictoire, cette recherche faite publiquement et en commun serait préférable à ce procès-verbal d'interrogatoire isolé, préparé, prévu, qui, bien rarement, *jamais*, selon l'expression du premier président de *Lamoignon*, n'a amené la découverte de la vérité!

Mais ce moyen de la mieux découvrir n'est-il pas déjà dans nos lois?

Le Code de procédure civile indique, en effet, une autre mesure d'instruction qui n'est pas sans analogie avec celle-ci; mais il ne fait réellement que *l'indiquer* et semble ne pas y attacher une grande importance, car il l'a rejetée et pour ainsi dire cachée dans un titre qui n'a rien de commun avec les *interlocutoires*.

L'article 119 au titre *Des jugements* dispose en effet : « Si le jugement ordonne la *comparution des parties*, il indiquera le jour de la comparution. »

Voilà tout ce qu'on lit dans le Code sur cette mesure préparatoire¹; il la présuppose et ne la régleme pas; il en abandonne l'usage et les conditions à la prudence des magistrats.

Ils l'emploient souvent avec succès; ils pourraient l'employer davantage; mais la tradition, l'usage ou, comme on l'a dit, la routine et les intérêts professionnels l'emportent; l'interrogatoire est écrit et réglé dans le Code, et on obéit au Code.

¹ Du moins en matière civile, car en matière commerciale l'article 428 dispose : « Le tribunal (de commerce) pourra dans tous les cas ordonner, même d'office, que les parties seront entendues en l'audience ou dans la chambre; et s'il y a empêchement légitime, commettre un des juges ou même un juge de paix pour les entendre, lesquels dresseront procès-verbal de leurs déclarations. » — On sait quels heureux effets la juridiction consulaire retire chaque jour de ce mode de procéder.

« Les juges et les plaideurs suivent le vieux chemin que leurs devanciers avaient battu; il aurait fallu abolir l'interrogatoire sur faits et articles pour faire valoir la comparution personnelle¹. »

C'est aussi le vœu de la plupart des auteurs; mais, nous l'avons déjà dit, il ne faut être ni aussi absolu ni aussi exclusif. L'interrogatoire, modifié selon les idées que nous venons d'énoncer, pourrait rendre aussi d'utiles services.

Il est indispensable d'y recourir en cas de maladie, d'éloignement, d'empêchement quelconque. Pourquoi se priver entièrement de ce moyen ?

Mais, en le laissant subsister à côté de l'autre, la préférence nous semble évidemment acquise à celui-ci.

La comparution des parties !

C'est l'interrogatoire moins ses formes, ses lenteurs et ses frais. C'est mieux que l'interrogatoire; car, ainsi que nous l'avons dit, au lieu d'entendre une seule partie, on les entend toutes les deux. Ce n'est plus l'une d'elles qui dresse l'articulat avec plus ou moins d'artifice, qui le notifie à l'avance pour faciliter aussi les artifices de son adversaire, qui remet ou essaye de remettre des notes secrètes au juge; c'est le juge lui-même qui, encore une fois, cherchant les faits inconnus ou douteux à l'aide des faits connus et certains, dirige l'interrogatoire des deux parties et obtient la vérité que lui donne si rarement l'interrogatoire proprement dit; en un mot, la comparution personnelle offre tous les avantages de l'interrogatoire, des avantages plus considérables encore, et ne présente aucun de ses inconvénients.

Ajoutons qu'elle a lieu sans frais, tandis que l'interrogatoire en entraîne de considérables², et c'est bien par ce motif, indépendamment de l'empire de l'usage, que, selon la remarque peut-être sévère de quelques auteurs, l'interrogatoire est préféré à la comparution dans la pratique journalière.

On pourrait ajouter encore, pour suivre la même pensée, que

¹ Boncenne, t. IV, p. 523.

² Il exige une requête, un jugement, une ordonnance du juge commis, la signification de tous ces actes avec assignation devant le commissaire, le procès-verbal constatant les demandes et les réponses, la signification de ce procès-verbal, etc. Prenez le tout et additionnez; doublez ou triplez le chiffre s'il y a plus d'une personne à interroger, ou s'il s'élève des incidents, ce qui n'est pas rare.

l'interrogatoire, à la différence de la comparution, fait naître de nombreux incidents et de graves questions.

Ainsi, l'interrogatoire peut-il être demandé en toutes matières, et notamment en fait de séparation de corps, de prescription, ou lorsqu'on allègue que les formalités d'un acte authentique n'ont pas été accomplies?

Peut-il être demandé en tout état de cause, avant les conclusions au fond, et après l'instruction achevée?

Peut-il porter sur des faits qui ne sont pas exclusivement personnels à l'interrogé ou qui paraissent étrangers à la contestation?

Peut-il porter sur des faits illicites ou contraires à l'honneur de l'interrogé, bien que très-afférents à la cause?

Peut-on frapper d'opposition ou d'appel les jugements qui ordonnent un interrogatoire?

Peut-il former un commencement de preuve par écrit, et dans quel cas?

Est-il indivisible comme l'aveu de l'article 1354 C. Nap.?

Le mineur, la femme mariée dont le mari seul est en cause, peuvent-ils être interrogés?

Quid des tuteurs et des curateurs?

Ces questions, et d'autres encore que la jurisprudence révèle, disparaîtraient en grande partie avec le titre qui les fait naître.

Il en est une que le Code a cru devoir résoudre littéralement, mais il est permis de douter de la justesse de cette solution.

L'article 336, le dernier du titre, est ainsi conçu : « Seront tenues les administrations d'établissement public de nommer un administrateur ou agent pour répondre sur les faits et articles qui leur auront été communiqués ; elles donneront, à cet effet, un pouvoir spécial dans lequel les réponses seront expliquées et affirmées véritables ; sinon, les faits pourront être tenus pour avérés ; sans préjudice de faire interroger les administrateurs et agents sur les faits qui leur seront personnels, pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison. »

Cette dernière partie de l'article peut se comprendre et se justifier.

Mais la première?

Son moindre défaut est d'être en opposition formelle avec l'article 333, qui le précède presque immédiatement, et qui dis-

pose : *La partie répondra en personne, sans pouvoir lire aucun projet de réponse par écrit.*

Or, d'après l'article 336, l'agent délégué ne portera au juge que *les réponses écrites de son administration.*

Pourquoi dès lors cet appareil de l'interrogatoire, un jugement qui l'ordonne, sa signification, la rédaction d'un procès-verbal également signifié, les délais et les formes de tout le titre 15?

Un simple acte d'avoué à avoué suffirait pour interroger et pour répondre.

Quand on réfléchit un instant sur l'origine et le but de l'interrogatoire, il est difficile de comprendre qu'on puisse le déléguer à un être moral, à un établissement public. Et notez bien qu'on ne pourra pas lui faire, à cet être moral, des questions instantanées et d'office, puisqu'il lui est interdit d'y répondre verbalement, et que c'est l'administration qui doit répondre par écrit après délibération et rédaction, ce qui enlève à l'interrogatoire toute son utilité, toutes ses chances, ce qui le dénature complètement.

Si donc le titre 15 est conservé, malgré l'opinion de graves auteurs, les articles 329 sur la nécessité de notifier les faits à l'avance, l'article 333 qui éloigne de l'interrogatoire celui qui l'aura requis, l'article 366 sur l'interrogatoire des administrations publiques, ne sauraient, selon nous, échapper à une sage révision.

Dans tous les cas, et pour résumer notre pensée, la comparution personnelle devrait, du moins dans la pratique, être préférée à l'interrogatoire. L'article 119, qui occupe dans notre Code une place si modeste et presque accidentelle, devrait l'emporter sur le titre spécial qui organise solennellement la procédure de l'interrogatoire. Le premier moyen atteindrait mieux que le second, et à moins de frais, à moins de temps, le but avoué du législateur. Ainsi, soit qu'on laisse subsister ces deux moyens parallèlement et théoriquement, sans qu'on sacrifie l'un à l'autre, toujours est-il que, dans l'application, ces deux moyens devront changer de rôle par la force des choses; la comparution sera la règle, l'interrogatoire l'exception.

Quant au *serment*, on sait que ce n'est pas le Code de procé-

dure civile, mais le Code Napoléon, qui a maintenu et réglementé cet autre mode d'instruction. Il semblerait devoir présenter à la justice plus de garanties que les précédents, et peut-être en offre-t-il moins.

« La corruption des doctrines et l'indifférence religieuse, dit un auteur moderne que nous avons déjà cité ¹, ont enlevé au serment sa foi et ses garanties. La multiplicité des parjures manifestes a démontré son insuffisance comme moyen de preuve judiciaire; l'usage en est devenu peu à peu beaucoup plus rare. »

Tant mieux; moins de serments, moins de parjures, puisqu'on est venu à compter les uns par les autres. Quand un plaideur est placé entre sa conscience et son intérêt, il y a lieu de trembler pour sa conscience. C'est une vérité bien triste qu'on voudrait dissimuler en vain, puisque l'expérience vient chaque jour la constater. Ici pourrait se reproduire ce que nous avons dit dans le chapitre I^{er} sur la nécessité d'une instruction morale et religieuse. Mieux comprise et plus répandue, elle seule pourrait donner quelque intérêt, quelque efficacité à cette longue série de mesures interlocutoires qui, toutes, ont pour objet de vaincre la mauvaise foi, et qui sont si souvent vaincues par elle.

Le parjure est un crime contre la loi divine et la loi humaine.

La première défend d'invoquer en vain le nom de Dieu.

La seconde dispose :

« Celui à qui le serment aura été déféré ou référé, et qui aura fait un faux serment, sera puni de la dégradation civique ². »

Il devrait être donné solennelle lecture de cet article à tout plaideur qui vient prêter serment.

C'est ainsi que cela se pratique à Genève; et en outre, le magistrat ne reçoit pas toujours le serment à l'instant même où il

¹ M. Regnard, p. 359. — De 1840 à 1850, les serments déferés par la partie ont été, terme moyen, de 535 par année, et ceux déferés par le juge de 296 seulement.

² Art. 361 du Code pénal. — Cet article n'est pas en contradiction, comme on l'a prétendu, avec l'article 1363 du Code Napoléon, ainsi conçu : « Lorsque le serment déferé ou référé aura été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. » L'*adversaire*, soit; mais le *ministère public*? Le procès civil est sans doute terminé par le serment vrai ou faux; mais, s'il est faux, le procès criminel commence, et le parjure est puni. Il ne le serait jamais si l'article 1363 devait le couvrir. Il faudrait effacer l'article 566 du Code pénal, si souvent appliqué. — V., entre autres arrêts dans ce sens, celui rapporté par Sirey, 1831, 1, 109.

l'ordonne; il sursoit; il donne à la partie le temps de réfléchir sur la portée et les conséquences d'un acte aussi important : « *La précipitation et la fausse honte, dit M. Bellot¹, ont causé plus de parjures que l'intérêt même.* »

Il y a dans cette observation quelque chose de profondément vrai; nos tribunaux devraient bien en tenir compte, selon les circonstances, et principalement quand ces circonstances leur font redouter un faux serment.

Ce qui réussit chez nos voisins réussirait en France; les vérités prises dans le cœur humain sont de tous les pays.

Mais que d'infirmités dans ce cœur humain! Et pour rester dans la question du *serment*, qui n'a vu des plaideurs prêter ce serment comme moyen dilatoire, comme expédient pour obtenir une transaction ou un délai²?

Qui n'a pas vu les deux parties offrir simultanément de jurer le même fait en sens inverse? Si l'on avait l'imprudence d'accueillir ces offres respectives, on se trouverait dans la position de ce pauvre juge au siège royal de *Melle* qui, après avoir reçu le serment contradictoire de chacune des parties, fut jeté dans une telle perplexité que, dans sa naïve superstition, il renvoya le jugement du procès à la *divine Providence*, en ordonnant que les parties tireraient ce jugement au sort, à la *courte paille*. Cette décision, qu'on croirait datée des premiers âges du monde, est du 24 septembre 1624. Elle fut imprimée dans le temps, et *Boncenne*, qui la rapporte *in extenso* (dans son tome II, p. 504), nous apprend qu'il en dut la communication à l'obligeance de l'ancien bâtonnier du barreau de Melle, « aujourd'hui (1831) procureur du roi à Fontenay. »

Voici le curieux dispositif de ce jugement :

« Sur quoi, et après que les parties *respectivement ont fait plusieurs et divers serments, chacune à ses fins*, et voyant que la preuve des faits ci-dessus posés était *impossible*, nous avons ordonné que le sort sera présentement jeté, et, à cet effet, avons d'*office* pris *deux courtes pailles ou bâchettes* entre

¹ *Exposé de la procédure du canton de Genève*, p. 155.

² Le *Moniteur* du 27 novembre 1857 en rapporte un nouvel exemple dans un article emprunté à la *Gazette des tribunaux*. La Cour d'assises de Colmar venait de condamner aux peines du faux serment une femme qui, pour toute excuse, prétendait n'avoir ainsi juré à faux que pour forcer son créancier, trop pressé, à suspendre ses poursuites.

nos mains, enjoint aux parties de tirer chacune l'une d'icelles; et pour savoir qui commencerait à tirer, nous avons jeté une pièce d'argent en l'air, et fait choisir pour le demandeur l'un des deux côtés de ladite pièce par notre serviteur domestique, lequel ayant choisi la tête de ladite pièce, et la croix, au contraire, étant apparue, nous avons donné à tirer à la défenderesse l'une des hûchettes *que nous avons serrées entre le pouce et le doigt index, en sorte qu'il ne paraissait que les deux bouts par en haut*, en déclarant que celle des parties qui tirerait la plus grande des hûchettes *gagnerait sa cause*, étant arrivé que la défenderesse a tiré la plus grande, nous *déférant le jugement de la cause à la Providence divine*, avons envoyé icelle défenderesse de la demande du demandeur. »

Celui-ci appela à l'instant et à la face même du juge de cette étrange décision devant le parlement de Paris, qui n'hésita pas à la réformer et à permettre que le juge fût pris à partie¹, bien que son fait paraisse moins répréhensible que l'audacieux parjure qui vient troubler la conscience et l'esprit du faible magistrat. Nous en avons connu de plus fermes qui, en pareille occasion, étaient troublés aussi, et qui comprenaient jusqu'à un certain point le jugement de la *courte paille*, lequel n'était, après tout, que l'innocente parodie du *combat judiciaire*, autre jeu tout aussi absurde et plus cruel, et qui, cependant, a été longtemps en France la règle fondamentale de la justice distributive.

Après tout ce qui a été dit sur le serment, faut-il s'étonner si des auteurs sérieux en ont demandé l'abolition?

Bentham était de ce nombre, et les considérations philosophiques qu'il invoque ne sont pas sans valeur.

Nous ne saurions, toutefois, les admettre, et au lieu de les discuter une à une, nous ferons sur toutes une seule observation :

Sans doute, et nous l'avons déjà dit, la justice ne retire pas du *serment* les satisfactions qu'elle en devait attendre. Il est même souvent pour elle, comme on vient de le voir, un sujet d'embarras et de douleur.

Mais ces accidents, si fréquents qu'ils soient, doivent-ils emporter la règle, et priver la justice de ce secours extrême, de

¹ *Dictionnaire de Brillou, t. III, p. 327.*

cette dernière épreuve, de cet appel à la conscience et à la religion, de cette menace au nom de la loi? Quand ce moyen, à défaut de tout autre, ne réussirait qu'à de rares intervalles, *une fois sur cent*, comme on l'a dit, il devrait encore être conservé; car enfin il ne faut pas non plus, dans une humeur trop chagrine, se préoccuper exclusivement des serments faux, et en exagérer le nombre déjà trop considérable. Il est plus juste et plus consolant de reconnaître que la sainteté du serment conserve encore son culte chez les honnêtes gens, et que si ce culte s'affaiblit dans quelques consciences troublées par le litige, la crainte du parjure et de ses conséquences légales exerce aussi quelque empire sur elles. Tel débiteur qui aurait la faiblesse de nier sa dette, n'a pas le courage d'aller jusqu'au serment : il cesse de nier avant cette épreuve, et quand elle est ordonnée, il n'ose pas toujours la subir. Les exemples de ces demi-défaillances ne manquent pas non plus. C'est peut-être le côté le plus utile du serment. Il y a, dans les lois civiles comme dans les lois criminelles, des dispositions rarement appliquées, qui pourraient ne jamais l'être, mais dont l'influence est de tous les jours. Elles font mieux que punir, elles préviennent; elles sont utiles et bienfaisantes par cela seul qu'elles existent; ce frein du serment, si fragile qu'on le suppose, pourquoi en affranchir la mauvaise foi, et lui ouvrir ainsi une plus large carrière? Car enfin, et il ne faut jamais l'oublier, c'est contre la mauvaise foi que toutes nos lois sont dirigées; la bonne foi n'a pas besoin de lois écrites.

Il est un autre écueil dont le juge doit se défier; il ne suffit pas qu'une partie défère un serment à l'autre pour qu'on doive l'ordonner; c'est souvent un moyen de vexation contre un galant homme qui n'aime pas à jurer en justice, même la vérité. Il faut qu'il y ait pour lui et pour le juge nécessité démontrée de recourir à cet acte dont il ne faut point permettre qu'on abuse. On ne doit l'employer qu'en l'absence de tout autre moyen. Il n'est pas sans exemple qu'un plaideur aguerri ait spéculé sur cette répugnance excessive d'une conscience timide qui s'émeut à la seule pensée d'aller prêter serment en justice. Nos préjugés populaires ne sont pas favorables même au serment vrai, par cela seul qu'il peut-être faux. Un homme qui jure souvent à l'audience voit rarement grandir sa considération. Ceci devrait être pour tous un avertissement de bien

régler les affaires d'intérêt, chose facile, aujourd'hui surtout que l'écriture est si répandue. C'est le vrai moyen de n'avoir ni interrogatoire ni serment à prêter ou à déférer.

Nous l'avons déjà dit : on peut se fier à la sagesse de nos tribunaux à tous les degrés. Ils discernent aisément les cas qui comportent le serment. Ils ne mettent ce moyen en œuvre qu'au profit de la vérité, et en lui conservant toujours le caractère religieux et légal que nos institutions lui ont imprimé.

§ 3. — Du rapport d'experts.

Ce titre du Code composé de vingt-cinq articles se termine par l'article suivant :

« Les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts si leur conviction s'y oppose. » (Art. 323.)

C'est bien ce qui nous faisait désirer, au commencement de ce chapitre, que la conviction du juge pût se former *avant* et *sans* l'expertise. Ainsi continuerait à décroître le nombre de ces interlocutoires, surtout devant les justices de paix où ils sont souvent ordonnés pour le plus modique intérêt, pour le plus léger dommage fait aux champs et aux récoltes¹.

Nous ne serions pas revenus sur cette idée si un auteur que nous aimons à citer n'avait répété plusieurs fois que *le juge ne doit jamais faire fonctions d'expert*².

Il faut s'entendre : non, sans doute, un tribunal ne peut pas déléguer un de ses juges pour faire une *expertise*, comme il le délègue pour faire une *enquête*, une *descente sur les lieux*, etc. Mais le tribunal entier, sauf les cas spéciaux où une expertise est *obligatoire*, et ceux où il est lui-même lié par cette expertise, comme en matière d'enregistrement, le tribunal, disons-nous, peut bien apprécier lui-même, dans un grand nombre de circonstances, la valeur de l'objet en litige, le chiffre des dommages-intérêts, etc. ; et nous avons signalé l'heureuse tendance des tribunaux à procéder ainsi quand ils n'étaient pas retenus, soit par la loi elle-même, soit par les difficultés d'une apprécia-

¹ Ordonné qu'il sera fait rapport à la Cour
Du foin que peut manger une poule en un jour.

(RACINE, *les Plaideurs*.)

On voit encore, dans nos campagnes, des interlocutoires de cette force entre *bons voisins*.

² Boncenne, t. IV, p. 452.

cation qui réclame impérieusement l'avis des gens de l'art.

On a cherché, dans ces derniers temps, à restreindre encore et même à dénaturer le pouvoir du juge à cet égard.

Ainsi, dans la *vérification d'écritures* et dans le *faux incident civil* dont nous parlerons tout à l'heure, l'expertise serait *obligatoire*, selon l'opinion de graves auteurs¹.

Le juge, à l'inspection de la pièce arguée comparée à d'autres pièces produites, et rapprochée des circonstances de la cause, est intimement convaincu de la fausseté ou de la vérité de cette pièce. Il n'a pas besoin d'autres preuves; n'importe: il devra forcément, bon gré malgré, ordonner une expertise qu'il sait inutile. Il devra suivre mot à mot, pas à pas, cette longue procédure des titres X et XI, dans laquelle, ainsi que nous l'avons déjà dit, les autres interlocutoires, et notamment *l'enquête*, peuvent souvent trouver place; et tout cela avec la certitude que ces lenteurs et ces frais considérables n'apporteront aucune lumière à la justice déjà éclairée.

On sait combien l'art des experts, en matière d'écritures, est fragile et conjectural! Nos livres de droit anciens et nouveaux rapportent à cet égard de nombreux exemples d'erreurs, de méprises, de contradictions qui auraient leur côté plaisant si le sujet n'était si grave.

Cette obligation d'interloquer, d'expertiser, *quand même et à tout prix*, n'a pas été imposée par les législations étrangères; elles montrent plus de confiance au juge. « Conjecture pour conjecture, dit le principal rédacteur de la loi de Genève², celle du juge nous a paru préférable à celle de l'expert. Nous croyons devoir plus de confiance à son discernement, à son expérience, et surtout à cette responsabilité qui pèsera sur lui tout entière. »

Cette opinion est partagée par les auteurs modernes qui ont traité le même sujet³. Mais peut-être est-elle exprimée d'une manière trop absolue, et ici encore nous devons chercher la vérité dans un moyen terme.

Si nous n'admettons pas que l'expertise soit *obligatoire* (sauf les cas exceptionnels déjà cités), nous ne pouvons pas admettre davantage, en thèse générale, que l'appréciation du magistrat,

¹ Voir notamment M. Rauter, de Strasbourg, t. V, n° 198, p. 208.

² M. Bellot, p. 214.

³ Regnard, p. 390, et Seligman, p. 214.

en fait d'écritures, soit toujours préférable à celle d'un homme expérimenté et reconnu habile dans cet art.

Nous disons seulement, pour rester dans le vrai entre deux opinions extrêmes, qu'il est des cas en matière d'écriture et autre en toute matière, où la conviction du juge, complètement formée par les éléments de la cause, n'a pas besoin d'une expertise; qu'il doit, dès lors, *pouvoir* ne pas l'ordonner, de même qu'il peut la mettre de côté une fois ordonnée et rapportée; que l'une de ces facultés paraît la suite nécessaire, la conséquence rationnelle de l'autre.

Et c'est bien ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation, un moment indécise sur cette question, a fini par la résoudre.

Son arrêt du 14 mars 1837¹, suivi de plusieurs autres, nous semble devoir dissiper toutes les incertitudes.

« Attendu, est-il dit dans cet arrêt, que l'article 1324 du Code civil, en ordonnant la vérification en justice des écritures qui sont désavouées, n'ôte point aux juges le droit *de faire eux-mêmes cette vérification*; que l'article 195 du Code de procédure civile déclare que la vérification des écritures en pourra être ordonnée tant par titres que par témoins, et que l'article 323 déclare que les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conviction s'y oppose; qu'il résulte de ces dispositions de la loi que *les juges peuvent à l'aide de leurs lumières, en appréciant les actes produits et les circonstances qui se présentent dans une contestation, admettre le désaveu d'une écriture sans avoir recours à l'expertise.* »

Il en est de même du *faux incident civil*.

La jurisprudence sur ce point est ainsi résumée dans un arrêt du 1^{er} avril 1844².

« Attendu, en droit, que la faculté accordée aux tribunaux, aux termes de l'article 214 du Code de procédure civile, d'admettre ou de rejeter une demande en inscription de faux, est *discrétionnaire et générale*, qu'elle n'est pas restreinte à l'examen de l'influence sur la cause de la pièce arguée de faux, ni subordonnée à une instruction plus ou moins avancée, *mais*

¹ Sirey, 1837, 1, 159. — Consulter aussi les excellentes observations de l'arrétiste qui, à notre sens, font disparaître la contradiction relevée entre cet arrêt et quelques décisions antérieures.

² Sirey, 1844, 1, 365.

peut être exercée en tout état de cause et suivant les circonstances qu'il appartient au juge du fait d'apprécier souverainement... »

Il serait inutile de donner d'autres développements à ces vérités de doctrine si formellement consacrées; mais il était d'autant plus nécessaire de les bien constater qu'elles nous semblent devoir mettre un terme à la polémique depuis longtemps engagée sur ce point, et rendre complètement inutiles toutes modifications à la loi ainsi expliquée et appliquée. Elles nous serviront, en outre, à montrer que les tribunaux méritent la même confiance sur des points accessoires où elle leur a été néanmoins refusée.

D'autres modifications ont été encore proposées à ce titre *du rapport d'experts*, mais elles ne nous paraissent pas suffisamment justifiées.

Ainsi, on a conseillé pour le rapport d'experts la publicité de l'audience réclamée pour les enquêtes, c'est-à-dire les rapports verbaux au lieu de rapports écrits.

Il ne faut pas abuser des meilleures choses. Nous sommes ici dans un autre ordre d'idées. L'expert n'est pas un témoin; c'est un homme qu'on suppose versé en certaine matière et auquel on demande son avis, sauf toujours à ne pas le suivre.

Il pourrait, sans doute, y avoir quelques avantages à l'audition publique du rapport. Il y aurait d'abord économie de temps et de frais, et les paroles obscures, incertaines, pourraient être expliquées à l'instant même sur la demande du juge, par les experts eux-mêmes qui s'observant mieux entre eux et surveillés à la fois par le juge, les parties et l'auditoire seraient peut-être plus exacts, plus sévères dans l'accomplissement de leur mandat.

Mais à côté de ces avantages que d'inconvénients!

Les descriptions, les constatations des lieux, les chiffres doivent nécessairement être écrits. Comment les retenir sur un simple exposé verbal, alors qu'on a souvent quelque peine à les comprendre après une lecture attentive?

Comment d'ailleurs le tribunal pourrait-il homologuer un rapport oral et donner force à toutes ses dispositions ou même à quelques-unes?

Il faudrait alors que le greffier tint note écrite du rapport, note qui ne serait en réalité que ce procès-verbal qu'on veut

supprimer, et qui, rédigé ainsi par un tiers étranger à l'expertise, n'offrirait pas des garanties de meilleure rédaction.

L'innovation proposée nous paraît donc inadmissible.

Que si on l'avait restreinte à des termes plus mesurés, peut-être aurait-elle plus de chances d'être accueillie.

Ainsi, le rapport écrit peut laisser et laisse souvent des lacunes, des indécisions, des ambiguïtés. Pour les éclairer, nous comprendrions que les tribunaux eussent la faculté d'appeler les experts devant eux pour les mieux faire expliquer. Ce pouvoir est plus restreint que celui d'ordonner une seconde expertise, et cependant, celui-ci accordé, on a refusé l'autre qui semblait n'en être qu'une conséquence obligée et amoindrie; et par ce refus on contraint souvent les tribunaux à ordonner une seconde expertise, ressource excessive et onéreuse qui serait facilement évitée en leur permettant de demander des explications aux premiers experts.

Voilà dans quelle mesure on pourrait admettre l'audition des experts à l'audience.

On a demandé encore de les dispenser du *serment*.

M. Chardon qui, dans le long exercice de ses fonctions de président, avait reçu beaucoup de serments d'experts, en paraissait un peu fatigué, et il en propose l'abolition avec une certaine amertume.

« C'est en prodiguant cet acte religieux, dit-il (p. 17), qu'on le rend ridicule aux yeux de ceux qui n'en connaissent pas toute l'importance, et ils sont en grand nombre. C'est surtout dans les *expertises* que le ridicule est sensible. Dans tous les arrondissements elles sont habituellement confiées à un petit nombre d'hommes habiles et bien famés, qui viennent à chaque audience, et plusieurs fois dans la même, lever la main; vaine et pitoyable cérémonie dont le greffier seul peut désirer la conservation. En la supprimant on ne fera que suivre le progrès des idées conçues à ce sujet depuis dix siècles. Jadis, dans tous les procès et les actes, les parties protestaient par serment de leur bonne foi. Henri IV vendant, en 1602, sa baronnie de Rhodéz, fut obligé de jurer foi de roi et de prince *qu'il manquait d'argent*, quoique cela fût bien connu; encore plaïda-t-on sur le mérite de ce serment. »

Mais les serments de cette espèce sont abolis. Nul ne songe

à les rétablir. Il ne s'agit pas de ceux-là. Il ne s'agit pas de la *foi jurée* par les parties dans un acte public ; il ne s'agit pas du serment d'Henri IV vendant sa baronnie ; il s'agit tout simplement du serment de l'expert.

Et celui-là, pourquoi le supprimer ?

« Si l'expert est honnête homme, a-t-on dit après M. le président *Chardon*, à quoi bon le serment ? S'il ne l'est pas, à quoi bon encore ? Le serment le retiendra peu. »

Dilemme spécieux et peu concluant. S'il était absolument vrai dans ses deux termes, il faudrait l'appliquer aussi aux jurés, aux témoins, et, dans une certaine mesure, aux fonctionnaires publics.

Mais c'est précisément parce que les experts choisis par un tribunal sont présumés honnêtes gens, qu'on ne doit pas craindre d'eux l'abus ou le mépris du serment. Il a toujours été regardé comme une garantie de plus pour la justice et pour les justiciables.

Il ne faut pas non plus confondre ce serment avec le serment *judiciaire* que certains publicistes voudraient abolir aussi, comme on vient de le voir. Le serment des jurés et des experts peut être considéré comme un serment *professionnel*, puisque leur mission, bien que temporaire, procède de l'autorité publique.

Ce serment n'intervient pas dans un conflit personnel d'intérêts ou d'amour-propre, conflit qui conduit au procès et peut conduire au faux serment.

Celui des jurés, des experts, est dégagé de tous ces dangereux éléments ; il n'a trait qu'à leur mission qu'ils jurent de remplir impartialement. S'il arrive néanmoins que ces mandataires publics manquent à leur serment et à leur devoir, cette exception ne doit pas faire renoncer à la règle, et cette règle, sanctionnée par l'expérience, est fondée sur la présomption que les jurés et les experts sont, en général, dignes de la confiance de la justice qui les choisit, et qu'ils ne méritent pas cette faveur équivoque d'être dispensés du serment, sous le prétexte étrange et presque injurieux que ce serment ne serait pour eux qu'une vaine formalité.

Ce n'est pas ainsi, disons-nous, qu'il a été considéré par notre législation ; elle répète plusieurs fois la disposition de

l'article 305¹, et pour ne citer ici qu'un seul exemple et le plus récent, la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, assujettit les membres du jury au serment de remplir leurs fonctions avec impartialité. (Art. 36.)

Ces jurés d'estimation ne sont, à proprement parler, que des experts. Faut-il donc aussi les dispenser du serment et l'effacer de toutes nos lois, parce qu'il ne produit pas tous les effets désirables, alors qu'on est obligé de convenir qu'il n'en saurait produire de mauvais, si ce n'est, toutefois, cette fatigue de recevoir des serments trop multipliés; inconvéniement peu sérieux, peu digne d'arrêter la pensée du législateur.

L'un des auteurs dont nous venons de parler désirant concilier les deux opinions contraires, conservait bien le serment, « sauf, dit-il, aux parties majeures à dispenser les experts de ce serment. »

Mais auraient-elles ce pouvoir? Ne s'agit-il pas encore ici d'une disposition substantielle et d'ordre public? Le serment n'est-il pas exigé pour rassurer la justice aussi bien que les justiciables? La faculté demandée dans l'intérêt de ces derniers, quant aux experts, devrait-elle s'étendre aussi aux témoins? et les uns et les autres pourraient-ils être dispensés du serment par la seule volonté des parties majeures? Car il faut remarquer que les incapables ne pourraient jouir de ce bénéfice, si c'en est un. Nous disons ainsi parce que la modification proposée, fût-elle acceptable, ne nous paraît pas avoir une telle portée qu'on dût remanier les Codes pour lui donner une place. La dispense facultative du serment de la part de ceux qui ont le malheur de n'y pas croire, ne serait-elle pas une critique déplacée, une inconvenante protestation contre le principe du serment lui-même?

Nous croyons qu'ici encore il doit être maintenu, et pour qu'il conserve toute son efficacité, toutes ses garanties, qu'on n'appelle à le prêter, ce serment quasi professionnel, que ceux qui en comprennent bien l'importance, ce qui veut dire que les tribunaux doivent être de plus en plus sévères sur le choix des experts.

Nous l'avons déjà dit, la mission qui leur est confiée participe de la justice elle-même. Ils doivent être dignes d'elles; ils

¹ V. les articles 35, 39, 40, 272, 914, 943, 1035 C. proc. civ.

peuvent aisément égarer ses décisions. Une grande responsabilité pèse sur eux ; elle pèse aussi sur les magistrats qui les désignent¹.

On sait que, d'après le Code de procédure, les experts doivent être en nombre *impair* pour éviter le partage des voix ; partage qui était presque inévitable quand les deux parties amenaient chacune son expert, c'est-à-dire son défenseur.

Un ou trois experts, voilà maintenant la règle. Mais le tribunal ne peut néanmoins déférer l'expertise à un seul *qu'avec le consentement des parties* ; c'est la disposition formelle de l'article 303.

Pourquoi cette nouvelle restriction apportée au pouvoir du juge ? S'il pense que la nature du litige et sa valeur n'exigent que la nomination d'un seul expert, et s'il lui est difficile, quelquefois impossible même, d'en trouver *trois* suffisamment capables pour certaines expertises et dans certaines localités, pourquoi l'obliger d'en nommer *trois*, à moins d'obtenir la permission de toutes les parties ? Étrange condition qui subordonne encore l'autorité du juge au bon plaisir des parties, condition difficilement réalisable, car déjà aigries par le débat, quel accord peut-on attendre d'elles ? Remarquons encore ici que les mineurs, les femmes mariées, les incapables, ne pourront pas plus donner ce consentement, qu'ils ne pourraient, comme nous venons de le dire, dispenser les experts du serment. Pour eux, il faudra nécessairement une expertise à grands frais, juste trois experts, ni plus ni moins, alors qu'un seul suffirait d'après la nature et l'importance du litige, d'après la conviction du juge et des parties elles-mêmes. Ce n'est pas le seul exemple, comme nous le verrons plus tard, où la protection de la loi devient funeste à ceux qu'elle entend protéger.

Il nous semble, d'après toutes ces considérations, que l'article 303 devrait être réduit à ces mots : « L'expertise ne pourra

¹ Ces dernières réflexions nous sont inspirées par des plaintes vives et nombreuses sur la manière dont se font les expertises dans certains ressorts. Tantôt, dit-on, elles sont accaparées, sollicitées par des hommes qui en font métier et qui n'ont pas d'autres moyens d'existence ; tantôt c'est la multiplicité des vacations et l'exagération des honoraires, la sécheresse ou l'abondance des rédactions, etc., etc. (V. M. Bordeaux, p. 554.) Il cite des exemples de ces divers inconvénients : nous n'y voyons qu'un argument de plus à l'appui de cette *sévérité* qu'on ne saurait trop recommander aux tribunaux dans le choix dont ils honorent les experts.

être faite que par un ou trois experts, » en laissant à la sagesse du juge, et non au caprice des parties, le soin de fixer selon les circonstances le nombre des experts, soit qu'il s'agisse de majeurs ou de mineurs. C'est un des cas auxquels nous faisons tout à l'heure allusion en demandant un peu plus de latitude pour les tribunaux. N'est-il pas étrange, en effet, qu'ils aient la faculté de se passer d'expertise et de la rejeter, et qu'ils ne puissent pas l'ordonner par un seul expert, lorsqu'un seul expert leur paraît suffisant?

L'article 318 du même titre a été aussi l'objet de vives critiques.

Cet article est ainsi conçu :

« Les experts indiquent, en cas d'avis différents, les motifs des divers avis, *sans faire connaître l'avis particulier de chacun d'eux.* »

« Cette disposition, dit M. Boncenne (t. IV, p. 487), qui ne veut pas qu'un expert attache son nom à l'opinion qu'il émet, ressemble à un vieux lambeau de notre procédure civile cousu à nos Codes; elle nous paraît tout à fait en désaccord avec mes idées de publicité. On craint les ressentiments, les récriminations; mais un expert n'apporte à la justice que le témoignage de son art et de ses calculs. La déposition est bien autrement irritante, et pourtant les noms ne se voilent pas dans les enquêtes. »

Plusieurs auteurs partagent et développent la même opinion¹.

Nous ne saurions l'accepter. Il nous semble, d'abord, qu'on donne une importance exagérée à cette disposition. On lui suppose aussi un motif qu'elle ne saurait avoir : *la crainte des ressentiments*. Mais la mission de l'expert est, à la différence de celle du témoin, toute volontaire; il peut la refuser; celui-ci ne le peut pas; l'expert peut se soustraire à ces ressentiments que le témoin est obligé de braver. L'argument est donc sans portée et la comparaison défectueuse. Le motif de la décision critiquée rentrerait plutôt dans le principe général qui commande le secret des délibérations. Sans doute on n'a pas voulu assimiler le travail de l'expert à la décision du juge; mais enfin il la prépare, il l'éclaire, et s'incorpore souvent avec elle. La connaissance officielle de l'avis de chacun des experts pourrait, sous ce rapport, avoir quelques inconvénients.

¹ Regnard, p. 384 et 385. — Seligman, p. 202.

Quels sont ceux du mode actuel? On n'en signale aucun. Quel intérêt sérieux et légitime peut-on avoir, en effet, à faire consigner dans le procès-verbal l'opinion individuelle de chaque expert? Et remarquez bien que, dans la pratique, cette opinion est presque toujours connue avant la rédaction du procès-verbal. Ni le serment des experts, ni aucune disposition de loi ne les oblige à garder le secret en dehors du procès-verbal; et, en réalité, ils le gardent rarement, surtout envers les parties. Ajoutons que quand ils le voudraient, ils ne le pourraient pas. Les intéressés suivent sur place les opérations de l'expertise; et peuvent ainsi savoir aisément l'opinion de chaque expert, en supposant toujours que celui-ci ne la dise point à la partie qui l'a choisi. Il serait à désirer qu'il n'eût point pour elle d'autre complaisance.

Ajoutons encore qu'il est des cas où, malgré la prohibition de l'article critiqué, les experts font nécessairement connaître leur avis particulier.

Ainsi, quand une seconde expertise est ordonnée, les nouveaux experts peuvent demander aux premiers les renseignements qu'ils croiront convenables (art. 332); or dans cette conférence, où le secret des opinions serait peut-être le plus utile, comment pourrait-il être gardé?

On le garderait bien moins encore si, comme les mêmes auteurs le demandent, le tribunal avait la faculté, au lieu d'ordonner une seconde expertise, d'appeler les experts à l'audience pour donner des renseignements et des explications sur leur rapport.

Ajoutons enfin que cette disposition de l'article 303, qui défend aux experts de faire connaître leur avis particulier dans le rapport écrit, était déjà dans l'article 210 du Code de procédure, et qu'elle est textuellement reproduite dans l'article 1679 du Code Napoléon, relatif à la lésion. La loi du 3 mai 1841, qui a organisé une grande expertise pour le cas spécial de l'expropriation publique, a pris aussi toutes les précautions nécessaires pour que les jurés-experts délibèrent secrètement et ne fassent pas connaître leur opinion individuelle. Quand ces règles sont méconnues, l'expertise est annulée. On n'a qu'à consulter sur ce point la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ainsi, pour donner satisfaction au vœu exprimé, pour insérer

dans nos lois une disposition qui ordonnerait que chaque expert fit connaître dans le procès-verbal son opinion individuelle, il faudrait bouleverser encore, sans la moindre utilité, toute notre législation, et notamment le Code de procédure civile, le Code Napoléon, la loi du 3 mai 1841.

En vérité, serait-ce bien la peine? Nous le demandons aux honorables écrivains qui la proposent et qui, à part quelques observations théoriques fort contestables, ne signalent pas, en définitive, un danger sérieux dans la pratique constamment suivie jusqu'à ce jour.

Nous l'avons déjà dit; nous aimons à le répéter, puisque c'est la pensée dominante de notre travail. Ne touchons à nos lois que dans les cas exceptionnels d'une nécessité démontrée et d'un avantage évident. Mais aussi, quand cette nécessité et cet avantage apparaissent, ne nous laissons pas endormir dans les douceurs faciles de la routine et dans la béatitude du *status quo*. Ayons le courage de l'examen et de la solution.

§ 4. — *De la descente sur les lieux contentieux.*

La visite des lieux peut devenir l'utile complément de l'expertise et la rendre souvent inutile. Les deux mesures peuvent facilement concourir, ainsi que l'a prévu l'article 42 pour les justices de paix; car il n'autorise pas seulement ce concours, il l'ordonne.

Pourquoi donc a-t-il été interdit dans les juridictions supérieures?

« Le tribunal, porte l'article 295 du même Code, pourra, dans les cas où il le croira nécessaire, ordonner que l'un des juges se transportera sur les lieux; mais *il ne pourra l'ordonner dans les matières où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts, s'il n'en est requis par l'une ou l'autre des parties.* »

Encore un moyen d'instruction subordonné au bon plaisir des plaideurs!

Ainsi, quelle que soit la conviction du tribunal sur la nécessité d'une visite des lieux, de préférence à l'expertise ou sur le concours des deux mesures, il sera obligé, à la différence du juge de paix, de renoncer à l'un et à l'autre moyen d'éclairer sa religion, à moins que l'une des parties ne le demande.

Nous pouvons répéter ici qu'il y a dans cette faculté *subordonnée* quelque chose qui froisse et amoindrit l'autorité du juge,

et qui altère, en même temps, les notions les plus élémentaires sur l'administration de la justice.

On voit bien que nous sommes toujours en pleine ordonnance de 1667. C'est à son texte que nous avons emprunté cette disposition, moins les termes plus déflants et plus sévères contre le magistrat qui oserait l'enfreindre.

Sait-on les motifs de cette défiance et de cette sévérité dont l'ordonnance de 1667 est empreinte? Les juges ne recevaient pas alors de traitement de l'État, et il y en avait beaucoup qui cherchaient à le suppléer par des *épices*, sorte de contribution imposée au plaideur au profit du juge. C'est contre ces juges *trop ardents aux épices* que fut édictée la défense de se transporter sur les lieux si les parties ne le demandaient pas.

Ces idées, ces soupçons ne sont plus de notre temps. La disposition qui s'en est inspirée tombe à vide; elle n'a pas d'objet. La magistrature entière et l'opinion publique, qui, grâce à Dieu, l'entoure de son respect et de sa confiance, protestent hautement contre cette supposition qu'un juge puisse ordonner un transport inutile dans la seule pensée, dans la pensée misérable de faire quelques économies, quelques bénéfices sur les frais de ce transport. — Ceci fait mal. — Passons¹.

Une question plus sérieuse a été élevée : c'est par commissaire que la visite a lieu. Le tribunal entier ne pourrait-il pas la faire?

La jurisprudence a répondu négativement, et elle devait répondre ainsi en présence de la loi. Mais la loi ne devrait-elle pas dès lors être modifiée? non qu'on dût faire une règle absolue, et moins encore une obligation de cette visite collective, mais la faculté de l'ordonner, dans quelques cas exceptionnels qui la réclament, pourquoi la refuser au tribunal?

Ne craignons pas qu'il en abuse, qu'il déserte son siège et interrompe le cours de la justice pour aller visiter en masse des lieux contentieux.

¹ Nous n'avons pas besoin de rappeler que ce fut à l'insistance opiniâtre de M. le conseiller d'État *Pussort*, esprit inquiet et méfiant, qu'on dut cette disposition et plusieurs autres empreintes de la même rigueur. Elles furent vainement combattues par M. le premier président de *Lamoignon*, dont le caractère élevé et les habitudes parlementaires comprenaient mieux la dignité de la loi et de la magistrature. Le procès-verbal des conférences de l'ordonnance de 1667 suffirait à l'historien pour peindre ces deux personnages.

Mais à côté de la pratique commune, ne peut-il pas se rencontrer des cas exceptionnels, importants, difficiles, où le procès-verbal d'un juge, si exact qu'on le suppose, sera impuissant à éclairer ses collègues, et où un de leurs regards les instruirait mieux que toutes les descriptions possibles?

Aussi que de fois, quand l'immeuble litigieux n'est pas trop éloigné, n'a-t-on pas vu de consciencieux magistrats s'en aller jeter à la dérobée ce coup d'œil qui devait former leur conviction! Ils étaient presque obligés de cacher cette démarche et d'user en quelque sorte de précautions et de ruses pour mieux chercher la vérité et rendre meilleure justice.

Ici, comme dans les cas précédents, ne devrait-on pas encore plus de confiance aux tribunaux, et leur donner plus de latitude et d'indépendance pour discerner et choisir, selon les cas, les moyens d'éclairer leur conscience?

La législation de Genève, qu'on nous oppose souvent, permet la visite du tribunal entier quand celui-ci le juge utile, mais elle gêne, selon nous, cette disposition, en ajoutant que les transports auront lieu *aux frais du trésor public*.

Gardons-nous bien de lui emprunter cette dernière règle. Nous doutons qu'elle soit bonne, même à Genève; mais en France elle serait certainement très-mauvaise, et d'ailleurs impraticable. Elle encouragerait la passion litigieuse qu'il convient, au contraire, de réprimer; ces transports civils coûteraient autant que les transports criminels. Il faudrait leur ouvrir au budget un crédit considérable. La loi de l'assistance judiciaire en faveur des indigents a d'ailleurs répondu à ce que la proposition pouvait avoir de plus spécieux. N'allons pas plus loin, et réservons les sacrifices du trésor, s'il faut lui en demander, pour des besoins plus impérieux et des améliorations plus urgentes.

§ 6. — *De la vérification d'écritures et du faux incident civil.*

Nous nous rapprochons ici du Code pénal.

Il s'agit, en effet, d'un plaideur qui, en niant sa signature, accuse son adversaire d'un faux, ou d'un faux commis par lui-même.

Il n'est pas rare que ces questions, après avoir traversé le domaine civil, aillent se dénouer devant la Cour d'assises.

Nous ne les suivrons pas jusque-là.

Et même, en ce qui touche leurs effets civils, nous avons peu de chose à dire, parce qu'elles se résument en un fait matériel : la signature ou l'acte produit sont-ils vrais ou faux ?

Les moyens d'éclairer et de résoudre cette question de fait sont longuement tracés dans les soixante articles des titres 10 et 11 du Code de procédure civile.

Le principal de ces moyens est l'*expertise*, et nous venons d'en parler.

L'*enquête* s'y joint souvent, et nous venons d'en parler aussi.

Si les idées que nous avons émises sur les titres de l'*expertise* et des *enquêtes* étaient accueillies, les titres de la vérification des écritures et du faux incident civil en seraient soulagés d'autant ; et cette économie de frais et de temps serait ici d'autant plus appréciable que ces deux derniers titres réunissent en eux presque tous les autres interlocutoires, qui peuvent ainsi s'accumuler dans une seule procédure et réaliser tous les inconvénients de chacune d'elles, ce qui fait de la vérification des écritures et du faux incident civil le moyen d'instruction le plus long, le plus cher, et peut-être le plus incertain.

Nous avons parlé par anticipation de l'art conjectural des experts, et de la faculté qu'avait le tribunal de ne pas les consulter et d'apprécier au besoin, d'après ses propres lumières, le mérite de la pièce arguée.

Nous avons dit aussi que cette longue série d'actes et de sommations qui doivent précéder la vérification d'écritures et l'inscription de faux pouvait être évitée par la comparution personnelle des parties, dont l'une viendrait publiquement déclarer qu'elle dénie une signature qu'on lui oppose, ou qu'elle l'arguë de faux, et l'autre que la signature est vraie et qu'elle veut en faire usage.

Cette déclaration personnelle faite à l'audience paraît, en effet, bien préférable à cette guerre onéreuse d'exploits où les parties, se cachant derrière les officiers ministériels, perdent beaucoup de temps et de frais à s'informer de ce qui peut être dit d'un mot. C'est bien la peine et l'occasion de se montrer personnellement, car il s'agit non-seulement d'actes et de faits personnels, mais encore d'une contestation qui, par sa nature, peut avoir pour les parties des conséquences tellement graves, que devant elles disparaît la question d'intérêt matériel. Il s'agit, en effet, de découvrir un faussaire ou un dénégateur de

mauvaise foi. Leur comparution peut aider puissamment à cette découverte, et ici se reproduisent les avantages déjà signalés de ce genre d'instruction.

Au reste, bien que notre Code, à la différence de celui de Genève, n'exige pas que les parties viennent s'expliquer en personne sur l'inscription de faux ou la vérification d'écritures, rien n'empêcherait, à notre sens, les tribunaux d'ordonner, même en ce cas, la comparution personnelle des parties; car c'est une faculté absolue dont la loi n'a pas limité l'usage, et qu'elle abandonne avec raison à la prudence du juge, dans toutes les causes et en tout état de cause, sauf à lui à n'employer ce moyen, comme tous les autres, qu'avec une intelligente réserve.

Ce n'est pas, cette fois, dans l'ordonnance de 1667 que notre Code a puisé les titres que nous examinons, mais dans celle de 1737 qu'on appelait *la sage ordonnance de d'Aguesseau*, nom qu'elle méritait certainement si on la compare aux anciens édits et déclarations, qui, malgré leur nombre, avaient réglé cette matière d'une manière défectueuse et insuffisante.

L'ordonnance de 1737 tomba dans le défaut contraire. Elle voulut être trop complète; elle confondit dans ses dispositions le faux *criminel* et le faux *civil*; de là des difficultés inextricables sur la nature, les effets, l'instruction et le jugement de ces deux instances. Nos législateurs ont sagement évité ces difficultés et ces confusions; ils ont traité ces instances si distinctes dans des titres et même dans des Codes différents. L'influence de l'un sur l'autre se fait bien sentir toujours, et donne lieu encore à des questions qui ne sont pas sans gravité. Mais c'est la faute du sujet et non celle du législateur.

L'examen comparatif des deux procédures de faux et de leurs effets n'est pas de ce lieu, et nous le regrettons d'autant moins que cet examen a été fait par des écrivains de premier ordre, et qu'ils ont laissé peu de chose à dire sur cet intéressant sujet.

En nous renfermant dans le nôtre, nous avons essayé de démontrer :

1° Que les tribunaux à tous les degrés, déjà plus sobres d'interlocutoires, depuis quelques années, devraient persister dans cette voie, mais avec cette prudente réserve qui les empêchera de compromettre le grand intérêt de la vérité et de la justice;

2° Que l'enquête orale faite publiquement est de beaucoup

préférable, en matière civile comme en matière criminelle, à l'enquête faite et écrite à huis clos, et qu'en substituant l'une à l'autre on obtiendrait une justice plus sûre, plus prompte et plus économique, selon l'opinion générale des légistes et des patriciens, selon les enseignements plus imposants encore du bon sens et de l'expérience;

3° Que l'interrogatoire sur faits et articles pourrait aussi être remplacé très-utilement par la comparution personnelle des parties, mesure qui, mieux réglementée, offrirait tous les avantages de la première sans présenter aucun de ses inconvénients;

4° Que le serment judiciaire doit être conservé, malgré les déceptions et les mécomptes qu'il entraîne, sauf à mieux faire comprendre à celui qui le prête l'importance de cet acte sous le rapport religieux et légal;

5° Qu'il convient de conserver et même d'étendre la liberté donnée aux juges en matière de rapports d'experts, et qu'ils peuvent notamment confier ce rapport à un seul expert, selon les cas et sans qu'ils aient besoin du consentement des parties; que rien ne justifie d'ailleurs l'abolition demandée du serment auquel les experts délégués de la justice ont toujours été soumis comme les juges eux-mêmes, ni le mode de la rédaction de leur rapport, sauf à leur recommander la précision et la netteté que ces rapports n'ont pas toujours, et à réclamer d'eux, au besoin, des explications et des renseignements qui pourraient souvent prévenir les frais et les lenteurs d'une seconde expertise;

6° Que la descente sur les lieux pourrait se combiner heureusement avec l'expertise, devant les tribunaux comme devant le juge de paix, et que cette combinaison, prescrite à ce dernier et interdite à ceux-là, devrait, au contraire, être employée par eux d'office, selon les cas, sans être obligés d'attendre encore ici la réquisition de l'une des parties;

7° Enfin, que la jurisprudence de la Cour de cassation rend complètement inutiles les modifications demandées sur la faculté qu'ont les juges de rejeter ou d'admettre une pièce arguée, sans recourir à l'expertise; et qu'en cette matière comme en toute autre ils peuvent ordonner la comparution personnelle des parties, dont le résultat peut encore ici prévenir une procédure longue et dispendieuse.

LAVIELLE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

PROJET DE CODE RURAL.

MORCELLEMENT DES TERRES. — PARTAGES D'ASCENDANTS.

Par M. DUBERNET DE BOSCO, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

A Monsieur le Président et à Messieurs du Sénat.

« Le vide augmente dans nos champs, le trop-plein dans nos villes..... »

MESSIEURS,

Dans un de vos rapports à l'empereur sur un nouveau projet de Code rural, vous vous êtes occupés des avantages et des inconvénients *du morcellement des terres*¹.

Ce morcellement, avez-vous dit, prend une tendance progressive vers l'extrême, deux circonstances nouvelles y aidant d'ailleurs : l'établissement des chemins de fer, l'essor que s'est donné l'industrie des marchands de biens. Et, avec non moins de sagesse, vous avez vu dans cet excès un véritable danger social, sous le double aspect de la moralité et des produits.

Le mal ainsi connu, vous en avez cherché le remède.

Ce remède, vous l'avez aperçu dans une loi fiscale à faire, qui, sauf précaution contre la fraude, favoriserait les échanges, et qui, en outre, imposerait aux partages volontaires comme aux partages judiciaires un *minimum* de contenance, au-dessous duquel surgirait, de plein droit, l'impartageabilité.

Ce *minimum* serait, avez-vous dit encore, sauf renseignements ultérieurs, un huitième d'hectare.

Mais si, comme pièces isolées et surtout uniques, ces huitièmes d'hectare présentent un certain intérêt d'indivisibilité légale, si cela suffit partout où ils ne contribueront pas à former un corps d'exploitation, même restreint (par exemple, dans les fonds de terre situés autour des villès et livrés à de tout petits fermiers), en sera-t-il de même là où ces parcelles doivent leur principale valeur à leur agglomération, à leur mutuel agencement (par exemple, dans une modeste ferme rurale, dont la partie arable est cultivée par une paire de bestiaux)?

Cette distinction nous conduit, messieurs, à vous signaler,

¹ *Moniteur* du 20 août 1856.

comme ayant besoin aussi de vos sollicitudes sur ce point, un autre moyen que le Code Napoléon a voulu dans le même but, mais que nos exagérations égalitaires annihilent chaque jour, que la jurisprudence ne protège qu'avec parcimonie, qu'avec incertitude¹, et dont ne parle point votre rapport.

Cet autre moyen est celui qui, procédant avec la quotité disponible d'une même base, a organisé *les partages d'ascendants*; qui, autrement dit, a entendu combiner avec les articles 913 et suivants du Code Napoléon les articles 1075 et suivants.

I. Comme vous, messieurs, les hommes éminents qui fondèrent ces articles étaient, sous l'impulsion d'un génie réparateur, voués au culte de deux grands principes : le raffermissement de l'ordre, le développement de la richesse publique. A cette double fin, ils fortifièrent, par l'institution de ces sortes d'actes, l'autorité paternelle, et prémunirent l'agriculture contre le dissolvant, qui, après s'être longtemps dissimulé sous d'honnêtes prétextes, reparait enfin ce qu'il est. Pour cela, ils remirent aux pères et aux mères le droit de *licitation*², s'autorisant d'ailleurs des raisons et de l'exemple uniformément fournis par l'ancien droit³.

Jusqu'en 1826, on s'était conformé, selon toute la portée du sens obvie, à cet esprit, à ces textes du Code, ne retenant pour restriction que l'égalité *en valeur*, et prenant même un courant favorable dans la loi d'enregistrement du 16 juin 1824, article 3⁴.

Mais alors commença une rigueur qu'il faut cependant reconnaître comme juste; d'autant plus que, peut-être, c'était une réaction motivée par le droit d'aînesse que l'on tentait de réha-

¹ Ceci a été écrit en mai 1857. Or il faut aujourd'hui reconnaître, en se félicitant, que depuis, par arrêt du 9 juin (Devill., 57, 1, 885), la Cour de cassation a enfin explicitement placé sous la protection des véritables principes qui les régissent les actes de famille dont il va être parlé ici. Toutefois, si la jurisprudence est ainsi devenue rassurante, la législation a encore à faire, surtout en ce qui intéresse les biens ruraux; et c'est ce complément d'intérêt qui reste ici, tout entier, à faire prévaloir.

² Fenet, *Trav. prép. du Code Napoléon*, I, 389; II, 296; III, 50; XII, 295, 309, 310, 315, 316, 317, 556, 577, 616, 617, 641. — Art. 827, 832, 866, 875 C. Nap.

³ L. 14 et 15, ff., *De legat.*, 1°. — L. 2, Cod., *Quand. et quib. quart. pars.* — Lebrun, *Successions*, liv. IV, ch. 8. — Aurox-Despommiers, *Cout. de Bourb.*, art. 216. — Ferrière, etc.

⁴ Dalloz, *Nouveau recueil alph...*, v^o *Disp. entre-vifs*, n^{os} 4486, 4487.

biliter. Dans ce partage comme dans les autres, on voulut pour les enfants un égal droit *en nature*....., lors, toutefois, que les biens pourraient se partager commodément¹.

D'un autre côté parurent accessoirement deux conditions, dont l'une est restée incontestable en théorie. D'abord, en effet, ç'a été la conséquence de la disposition finale de l'article 1079, conséquence qui a toujours fait craindre, même dans le partage le plus loyal, ce qu'on a appelé *la lésion la plus minime*. Et puis ce fut cette exacte justice qui a voulu qu'on ne cumulât pas le préciput avec les dons en usufruit de l'époux précédé à l'époux survivant.

Mais non contents de toutes ces limites, quelques-uns ont voulu, en 1853, aller plus loin. On a, par un jugement, par un arrêt conforme, par l'opinion d'un auteur, par l'insistance d'un de nos plus honorables arrêtistes, radicalement dénié aux pères et mères le droit de liciter². Et pourtant, rien dans la législation qui eût innové au profit d'une pareille prétention. Au contraire, une autre loi fiscale, alors récente et ainsi non suspecte par son époque (celle des 15 et 22 mai 1850, art. 5), était venue redonner faveur à ces arrangements de famille.

Depuis, sont intervenus deux ouvrages imposants : celui de M. Troplong et celui de M. Dalloz. Et là il a été fait seulement réserve contre l'abus, contre l'inégalité au fond; ce qui revient à la latitude admise jusqu'en 1826³.

Toutefois, la Cour de cassation et les Cours impériales persistent à annuler..... lorsque le partage aurait pu être fait *commodément*⁴.

Mais la question se réduisant aujourd'hui à ce mot puisé dans l'article 827, on s'est demandé ce qu'il faut entendre par *incommodité*. Est-ce celle qui dérive des situations respectives, des convenances personnelles, des aptitudes diverses? Est-ce seulement celle qui ressort de la nature et de l'agencement des immeubles? S'étend-elle à des fractions minimales, quoique nombreuses? Se borne-t-elle à une agglomération strictement

¹ Dalloz, *ibid.*, nos 4488, 4491, 4492.

² Sirey-Vill., 53, 2, 129, et la note. — Réponse dans la *Revue de législ. et de jurispr.* du mois d'août 1854.

³ M. Troplong, *Donations et testaments*, n° 2804. — M. Dalloz, *ubi supra*, n° 4485.

⁴ Sirey-Vill., 55, 1, 785; — 56, 1, 805, 781; — *ib.*, 2, 198, 662; — 57, 2, 193.

nécessaire pour celui qui l'exploite?... Un arrêt¹ et M. Trolong² se sont prononcés, avec l'adhésion de M. Dalloz³, pour les convenances personnelles comme pour les autres, ainsi que d'ailleurs on l'avait fait maintes fois lorsque l'on prépara et même lorsque l'on arrêta le projet du Code Napoléon⁴.

Mais d'autres ont contesté et contestent encore⁵.

Le vif de la question est donc là : « Quand est-ce que les biens remis au pouvoir discrétionnaire des ascendants seront ou ne seront pas commodément partageables? »

II. Autre difficulté :

On demande si, pour l'action *en lésion* ou, plus spécialement, pour l'action *en réduction*, les biens doivent être estimés suivant la valeur qu'ils avaient lors du partage, ou suivant celle qu'ils ont au décès du disposant? Question fort importante, aujourd'hui surtout que sont survenues les deux causes de renchérissement, dont votre rapport, messieurs, a tenu compte. Or, bien que l'on écrive partout, notamment en tête des arrêts, que les règles consacrées pour les partages ordinaires s'appliquent aux partages d'ascendants; bien que, dès lors, l'article 890 soit là, se référant à l'époque de l'acte, on ne veut de ces règles, ici comme sur le point précédent, que ce qui agite, non ce qui rassure. Un arrêt de la Cour de Nîmes⁶ a bien, il est vrai, tout d'abord invoqué le droit commun de l'article 890; mais un arrêt subséquent de la Cour de cassation s'est rattaché à l'époque du décès⁷. Puis est venue, dans le même sens, l'opinion d'un auteur spécial sur ces sortes de partages⁸; sur quoi M. Dalloz s'est montré hésitant⁹; sur quoi, enfin, un arrêt de la Cour d'Agen se prononce, à son tour, comme celui de la Cour suprême¹⁰.

Il faut remarquer que celui-ci se borne à donner la thèse pour raison. Il faut dire même que, dans l'espèce présentée à

¹ Sirey-Vill., 53, 2, 131, aff. *Donadieu*.

² *Ubi suprâ*.

³ *Ubi suprâ*.

⁴ Fenet, XII, *ubi suprâ*, passim.

⁵ Sirey-Vill., 56, 1, 365, ad not., et *ibid.*, 2, 193, argum.; — 57, 2, 193.

⁶ Sirey-Vill., 50, 2, 308.

⁷ *Ibid.*, 51, 1, 340.

⁸ M. Genty, n° 53, p. 317.

⁹ *Ubi suprâ*, n° 4609.

¹⁰ Sirey-Vill., 57, 2, 68.

la Cour d'Agen, il ne s'agissait pas de biens formellement donnés, mais de biens déguisés, *restés hors du partage*, rapportables, tombant dès lors sous la disposition toute naturelle de l'article 922, qui fixe la valeur suivant celle du décès. Mais il reste que voilà un nouveau sujet d'inquiétude, d'éloignement. Sans nous occuper en effet ici de tout ce qu'il y aurait à dire en droit pour réfuter cette décision, n'est-il pas évident qu'à l'époque où tout père de famille fera le partage de ses biens, il ne pourra, quelque scrupuleux, quelque éclairé qu'il soit, prévoir les divers accidents fortuits, d'où s'ensuivra, jusqu'à l'époque plus ou moins lointaine de son décès, rupture d'équilibre entre la valeur estimative de tel lot et celle de tel autre? Cela étant, qui donc osera entreprendre un partage de propriétés, soit rurales, soit urbaines? Et s'il est un de ces partages qu'un seul père doit entreprendre, quel sera le fils de famille, se proposant d'asseoir son avenir, qui l'acceptera?

III. On a voulu, et très-certainement, messieurs, vous voulez de même, que les deux principes si importants de cette institution ne fléchissent qu'en présence d'autres principes au moins égaux avec eux en nécessité. Or ceux-ci sont déjà bien assez gênés par les deux conditions prémentionnées, c'est-à-dire par le danger de la lésion la plus minime au cas de préciput, et par la prohibition de cumuler ce préciput avec un usufruit préexistant. Et faut-il ajouter à ces deux conditions les deux obstacles qui se produisent de nos jours?... Le droit d'avoir sa part en nature, le droit de faire fixer cette part suivant telle époque ou telle autre, sont-ils, même alors que la malice seule ne les met pas en jeu, d'un intérêt supérieur à celui d'autorité paternelle, consciencieuse qu'elle soit, placée d'ailleurs qu'elle est sous le contrôle des tribunaux, et à celui du public pour la bonne tenue de l'agriculture en général?...

D'un côté, messieurs, vos prédécesseurs ont entendu, et le premier consul avec eux, que l'on sauvât partout LE POINT CENTRAL *des fortunes territoriales modiques*¹; ce point central dont votre rapport a dit qu'il était resté l'asile des idées de moralité et d'ordre, qui, dans ces derniers temps, ont préservé contre la barbarie et la France et l'Europe. D'un autre côté cependant, qu'est-il advenu? Peu à peu, chacun des enfants qui y sont

¹ Fenet, XII, *ubi supra*.

nés le délaisse ! Les vieux y sont livrés à des mercenaires ; les champs, à une inculture relative ; l'assistance, aux spéculations de l'usurier ! Chacun s'en va tenter fortune ailleurs : l'un faisant dégénérer, dans les abâtardissements du salaire, une aptitude qui, pour lui-même, eût inmanquablement progressé ; un autre se jetant tout à coup et sans préparation dans les chances de l'industrie ou du commerce ; un autre encore s'abandonnant à l'oisiveté des villes, sauf à y rêver bientôt quelque nouvel atelier national, quelque nouvelle Californie, quelque nouvelle Icarie ; tous, à coup sûr, perdant cet esprit de famille qui est l'élément vital de la société, et qui, aux yeux du fondateur du Code Napoléon, fut aussi la plus importante de ces *causes secondes*, au moyen desquelles un bon gouvernement se dispense d'user son pouvoir en le déployant partout ¹.

Depuis quand, messieurs, cet autre fléau ?

Est-ce depuis qu'on a eu à craindre pour les préciputaires la moindre inexactitude dans l'équilibre *des valeurs* ? Non ; c'est bien là une possibilité inquiétante, mais elle est acceptée par tout cœur honnête.

Est-ce depuis que les préciputs disparaissent sous les établissements antérieurs d'usufruit ? Peut-être eût-on bien fait de dire de l'usufruit entre époux sur leurs propres ce que l'article 1525 a si bien dit de leurs avantages mutuels sur leurs conquêts de communauté, et de n'y voir ainsi qu'une *dette* au lieu d'y voir un don ². Mais, à tout bien prendre, c'est là aussi une affaire d'équité, et l'on ne s'en est pas ému essentiellement.

Est-ce depuis que l'on court la chance d'évaluations différées à long terme ? C'est bien là encore un souci et, comme il vient d'être dit, une cause d'éloignement. Mais on espère que cette jurisprudence fera place à une autre, mieux appropriée à l'esprit du Code sur ce point. Celle qui refusait aux ascendants le droit de licitation a bien déjà fait son temps !...

Ce fléau, messieurs, date du jour où il n'a été possible qu'aux grands propriétaires de laisser un domaine en nature à chacun de leurs enfants, et qu'il a été impossible aux petits tenanciers de choisir, pour leurs modestes manoirs, un successeur unique, l'impartageabilité y étant un cas si rare, si compliqué de règles et d'exceptions jusqu'ici incomplètement définies.

¹ Fenet, *ibid.*, p. 309.

² « Les époux se doivent réciproquement.... assistance. » (Art. 212 C. Nap.)

Mais pourquoi enfin ces terreurs?

Parce que soit qu'on y fasse à chacun un lot en nature, soit qu'on y fasse attribution à un seul, la position y est également intenable.

Comment cela?

Si chacun y prend son lot, chacun le prend d'abord avec cette animosité dont se sont graduellement empreintes de part et d'autre les prétentions antérieures au partage, le seul fait de vouloir y contenir tous étant un symptôme infallible d'entêtement et d'arrière-pensées. Et puis, l'esprit d'exclusivisme aggravant chez tous cette animosité, le besoin incessant de diverses servitudes amenant des contacts incessants aussi, les animaux domestiques faisant chaque jour quelque écart de chez l'un chez l'autre, ils s'y trouvent, comme si bien ils le disent, *à l'étroit, entassés, foulés*. Que dans les villes, dans les maisons à deux ou trois étages, ces *entassements* n'entrent pas en considération, on le conçoit : les personnes seules s'y rencontrent. Mais ici ce sont, en outre, les animaux domestiques, les dégâts aux récoltes, aux fruits... A eux seuls ils occuperaient toutes les audiences de la justice de paix du canton, si, par un malheur plus grand, ils ne terminaient leurs dissensions en police correctionnelle ou même en Cour d'assises.

Un seul s'y loge-t-il, achetant la part des autres au moyen d'une dot en argent qui est ou qui va lui être apportée? Vainement cet achat est-il fait au plus juste prix; vainement les paye-t-il à beaux deniers comptants, qui, de suite, se transforment pour eux en d'autres fonds de terre, ou leur sert-il des intérêts à 5 pour 100 en échange de ce qui ne lui en rapporte que 3. Dès le jour où l'ascendant décède, *la nullité*, pour peu que chacun puisse y faire deux tours de charrue, arrive et brise tout ce qui a été convenu!... Pour un agriculteur, cette instabilité est, sans doute, chose suffisamment grave, suffisamment capable de lui montrer ailleurs que chez ses père et mère ses véritables intérêts. Mais un autre sentiment l'en détourne encore : c'est celui de cette iniquité démoralisatrice qu'il y a, surtout depuis le renchérissement des terres, à ce que ceux lotis en argent fassent un double bénéfice, tandis que ceux qui les ont payés n'en font aucun, outre ce qu'ils perdent par les frais primitifs d'achat devenus illusoire. Les premiers, en effet, y gagnent deux fois : 1° en conservant, avec la hausse qui leur

est advenue, les biens sur lesquels ils employèrent l'argent qu'ils reçurent; 2° en se faisant délivrer, moyennant restitution de cet argent par eux reçu, leur ancienne part en nature, en contenance, mais augmentée aussi par sa valeur vénale. Et ceux qui les ont payés, réduits qu'ils sont à leur acheter de nouveau pour un autre prix ou à colloquer sur d'autres biens, qui aussi sont devenus plus chers, l'argent qu'ils reprennent, y perdent tout ce qu'ils auraient pu gagner en valeur vénale sur leur part.

Et ce sont ceux-ci, au surplus, qui, en compensation sur leur préciput, ont supporté seuls les infirmités des vieux, de tous les vieux parents! Et ce sont ceux-là qui n'ont eu qu'à jouir de leur argent ou de leurs terres achetées!...

Encore s'il se pouvait que ces règlements d'affaires fussent remis à l'époque du décès des ascendants! Mais lorsque ceux-ci ont atteint l'âge de cinquante à soixante ans, leurs fils ou leurs filles en ont atteint vingt ou trente; et, des deux côtés, c'est ainsi le moment de s'entendre sur l'avenir. Les uns ne demandent pas mieux que d'entrer-peu à peu dans le repos qui leur est dû, que d'avoir à regretter moins ce qui déjà leur échappe, que de se substituer quelqu'un qui, à leurs yeux, sera comme eux-mêmes. Les autres viennent de se marier ou se disposent à le faire, chacun visant à un sort définitif. Ce sort définitif, comment l'atteindre mieux qu'en le combinant avec celui des père et mère, soit dans le manoir où les uns s'arrêtent, soit dans celui où les autres vont, avec leurs deniers légitimaires, renvoyer eux-mêmes un beau-frère ou une belle-sœur?... Que dis-je? Est-il donc besoin de justifier les législateurs qui ont cru cette institution nécessaire? Et l'époque où nous sommes n'est-elle pas précisément celle où l'on a eu hâte, plus que jamais, de maîtriser ce que les anciens détiennent?

Or il est, vous le voyez, messieurs, une source d'obstacles décourageants. Il n'a pas suffi d'avoir dit *qu'il ne fallait pas morceler les héritages...*, *qu'il ne fallait pas diviser les exploitations...*, *qu'il ne convenait de composer les lots avec des objets de même nature qu'autant que cela se pourrait...*, *qu'il fallait liciter ce qui n'était pas commodément partageable...* Il n'a pas suffi de donner un exemple dans l'article 866, il n'a pas suffi même de recueillir les explications catégoriquement données à ce sujet par les rédacteurs de ces textes, la conformité de vues qu'ils

ont déclarée pour ce qui était en ce point avant eux. On n'a fait aucune distinction entre les propriétés rurales et les propriétés urbaines, entre les petites et les grandes.

Eh bien ! c'est pour les petites propriétés rurales, messieurs, que votre nouveau Code spécial doit, ce me semble, dire explicitement, avec plus de précision encore, puisqu'il le faut, ce qu'ont voulu les articles 826, 827, 832 du Code Napoléon, ce que vous voulez vous-mêmes.

A mon sens, ce serait d'abord une condition préalable à poser, soit qu'il y eût un préciput, soit qu'il n'y en eût point; et cette condition serait *l'aptitude* ou *la pratique* déjà commencée chez celui que les ascendants voudraient choisir.

Puis la base se poserait, à son tour, selon *les besoins* de quiconque serait ainsi loti, et le surplus serait seul partageable en nature.

Ces besoins comprendraient : 1° ceux du donataire; 2° ceux de sa femme; 3° ceux des enfants; 4° ceux des aides communément employés à la culture; 5° ceux des animaux destinés au labourage et à l'engrais.

Autre aspect de cette même base : allouer en terres labourables ce qu'il faudrait jusqu'à concurrence du travail annuel d'une paire de bestiaux, et, s'il y en avait, des vignes, des bois, des prés ou des pâtures pour la consommation seulement.

La raison de cette mesure serait que, voulant un but éminemment légitime, le législateur doit en vouloir aussi les moyens. Or ce but légitime est de substituer dans la petite ferme un chef de famille à un précédent chef de famille, et les moyens sont qu'il y trouve de quoi vivre en paix, lui et tout ce qui l'entoure.

En même temps, on se modèlerait, pour ces besoins, sur ceux de tous les bons pères de famille d'une classe analogue, en commençant par le prédécesseur, s'il a été tel.

Par là, sans doute, il y aurait encore lieu, sinon à expertise, du moins à appréciation pour le juge. Mais le principe et ses rayonnements rationnels seraient enfin spécifiés, déduits dans un texte.

Et tout est là.

DUBERNET DE BOSCOQ.

Agen, 30 mai 1857.

BIBLIOGRAPHIE.

CONSIDÉRATIONS SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF,

Par M. Jules MALLEIN, professeur à la Faculté de Grenoble.

RAPPORT LU A L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES
SUR CET OUVRAGE,

Par M. F. LAFERRIÈRE, de l'Institut.

Le livre intitulé : *Considérations sur l'enseignement du Droit administratif*, que M. Jules Mallein, professeur de droit à la Faculté de Grenoble, a offert à l'Académie, est le fruit d'une longue expérience et de mûres réflexions. Pendant un professorat honorable de vingt années, M. Jules Mallein s'est trouvé trop à l'étroit dans l'obligation de faire un cours annuel sur des matières d'une grande étendue et d'une grande diversité. En se pénétrant de l'insuffisance *de ce qui est*, il a médité, comme il le dit lui-même, sur ce qui *devrait être*, et dans les loisirs d'une retraite imposée par des infirmités précoces, il s'est demandé « quelles seraient les améliorations nécessaires pour fonder, d'une manière définitive, l'enseignement du Droit administratif. »

Le but principal de son livre est de prouver que le Droit administratif, dans l'état actuel de la société, est devenu aussi important que le Droit civil; que la plupart des objets qu'embrasse le droit commun, la propriété par exemple, se rencontrent dans le Droit administratif, modifiés souvent par l'intérêt général, mais soumis au même principe, la justice; que l'enseignement du Droit administratif doit se proportionner à son utilité reconnue et recevoir les développements attribués, dès l'origine, à l'enseignement du Code Napoléon; qu'en conséquence, au lieu d'une seule chaire et d'un cours d'une seule année, le Droit administratif devrait avoir dans les Facultés, comme le Droit civil français, pour le grade de licence, trois chaires et trois années d'études.

Cette proposition fondamentale donne lieu à un ensemble de chapitres sur l'importance de l'enseignement administratif, sur son état actuel, sur les idées fausses et les idées justes en cette

matière, sur la *méthodologie*, les *épreuves*, les *agrégés*, les *études littéraires* associées aux études de droit, et sur les *écoles spéciales administratives*. — L'auteur, comme on peut en juger par cette simple énumération, ne consacre pas ses douze chapitres à la démonstration directe de son idée; il ne compose pas son livre comme une thèse de l'école; il fait mieux; il connaît la valeur littéraire et le secret *des idées accessoires*, tant estimées de Montesquieu, et il groupe autour de son objet principal des considérations d'ordres différents qui témoignent également de la variété de ses aperçus et de la distinction de son esprit. Mais parmi ces considérations, les unes, d'une nature un peu technique ou réglementaire, contiennent l'examen ou la critique de plusieurs parties de l'organisation actuelle, et ne paraissent pas susceptibles d'analyse ou de discussion dans cette enceinte; les autres, d'un ordre plus élevé, intéressent l'enseignement supérieur et l'administration publique: c'est uniquement sur ces dernières qu'il peut être convenable d'appeler quelques instants l'attention de l'Académie.

« L'administration (dit l'auteur), les lois qui la régissent, l'enseignement de ces lois, sont trois sujets étroitement unis, quoique distincts. »

Cette union n'a commencé en France que bien tard. Le Droit administratif, en effet, a pris naissance dans l'instruction publique depuis moins de quarante ans, en 1819, époque à laquelle furent créées pour la Faculté de Paris, sous l'inspiration de Cuvier et de Royer-Collard, des chaires de *droit administratif*, de *droit des gens*, d'*histoire philosophique du droit romain* et du *droit français*, et même d'*économie politique*. C'était un ensemble de créations qui semblait ouvrir une ère nouvelle aux sciences politiques et administratives. Les résultats ne répondirent pas à la grandeur de l'initiative. Les événements et des craintes exagérées obscurcirent l'horizon de la politique libérale et du haut enseignement. La chaire de droit administratif, inaugurée par le vénérable de Gérando, qui alliait aux connaissances de l'administrateur la méthode et la science philosophiques, resta muette pendant plusieurs années; la chaire d'*histoire philosophique* du droit ne reçut pas de professeur et reparut plus tard privée de son caractère philosophique. La chaire d'*Economie politique* disparut, sans jamais avoir été occupée dans la Faculté de droit.

Cependant l'administration moderne fondée sur les principes rationnels de l'Assemblée constituante, organisée par le Consulat et l'Empire, appropriée, depuis la Restauration, aux principes du gouvernement représentatif, s'associait de plus en plus à l'intérêt général, ou touchait par des points multipliés à l'intérêt privé des citoyens; et le gouvernement sentit le besoin; après l'essai renouvelé à Paris sous les auspices du même professeur devenu membre de cette académie, de généraliser l'enseignement du Droit administratif. De 1835 à 1838, des chaires spéciales furent créées pour cet objet dans les diverses facultés de droit des départements. M. Mallein rend justice, avec toute la bienveillance de la confraternité, aux efforts et aux travaux qui concoururent depuis cette époque à fonder dans l'enseignement la science encore incertaine du Droit administratif. Les professeurs, ses collègues, qui sentaient comme lui que leurs leçons étaient trop resserrées dans le cercle d'une seule année, voulurent suppléer à l'insuffisance de l'enseignement oral par l'enseignement écrit; et de là des ouvrages qui, dans l'école et hors de l'école, ont cherché à établir la doctrine du Droit administratif sur les principes de 89, organisés en vue de l'unité d'action par le génie du premier consul, et vivifiés par le développement des libertés publiques.

Le Droit administratif prit un essor assez rapide pour que l'Université s'occupât bientôt de lui faire une place plus large dans l'ensemble des études de droit. La question était grave. Elle se présenta dans toute sa gravité sous le ministère de cet homme de noble cœur et de haute intelligence, M. de Salvandy, dont le nom n'est pas moins cher à l'Université qu'à l'Institut.

Le ministre, en 1845, consulta les neuf facultés de droit; presque toutes répondirent en demandant l'extension de l'enseignement administratif. Mais afin de concilier cette branche du droit avec l'ensemble des études juridiques, elles se renfermèrent dans le vœu de deux chaires et d'un enseignement de deux années. Seul, M. Mallein, qui avait rempli sa tâche de professeur en distribuant ses leçons par période de trois années, demanda dès lors avec conviction trois chaires et trois ans d'études, dans un avis imprimé qu'il rappelle et qu'il confirme aujourd'hui de l'autorité d'une expérience accrue de dix années d'exercice. La commission des hautes études de droit, dans laquelle siégeaient, en 1846, plusieurs magistrats et hommes

d'État, membres de cette académie, plusieurs professeurs, tous les doyens, adopta implicitement le vœu des facultés, et reconnut la nécessité d'un enseignement administratif plus développé dans les écoles de droit, sans assigner toutefois à sa durée une limite précise.

» Mais la commission ne s'en tint pas à cette voie d'amélioration, et après une délibération approfondie, elle exprima le vœu d'une institution toute nouvelle en faveur de la haute administration, de la représentation nationale et des sciences politiques ou administratives : elle vota l'établissement d'une *École spéciale d'administration*, dans laquelle les jeunes gens, déjà licenciés en droit, qui voudraient se préparer aux fonctions de l'ordre politique, administratif ou diplomatique, recevraient un enseignement combiné d'économie politique et de statistique, d'administration financière, d'administration comparée, de droit public européen, d'histoire générale des traités, de droit diplomatique et maritime. C'était la pensée de Royer-Collard et de Cuvier, unie à une organisation plus précise, plus harmonique, mieux appropriée à son but; c'était, à côté de l'enseignement des facultés de droit, une grande école de théorie et d'application qui devait désigner au choix du gouvernement et du pays des hommes dignes de toute confiance par leurs lumières et leur aptitude morale aux fonctions publiques.

Le gouvernement de 1830 n'eut pas le temps de réaliser cette féconde conception, et le gouvernement provisoire, en 1848, y substitua une école d'administration qui n'avait aucun lien avec l'institution élaborée par la commission de 1846.

M. le professeur Mallein rappelle à ce sujet, dans son livre, les espérances et les déceptions des amis du progrès : c'est souvent, dans la vie, l'histoire des institutions comme celle des hommes. L'auteur ne propose pas aujourd'hui de revenir purement et simplement au projet de 1846. Il sent bien que les conditions de la vie politique ayant changé en France à la suite des révolutions, l'institution doit être modifiée, et il propose une modification qui nous paraît également heureuse en spéculation et en pratique.

Laissons de côté en ce moment la question de la durée *trienale* du droit administratif dans les facultés : tout le monde est d'accord sur ce point que la durée actuelle de cet enseignement doit être plus ou moins prolongée, et que renfermer le droit

administratif dans une année, ce n'est pas en concentrer la lumière, c'est l'éteindre. Voilà donc notre licencié en droit qui aura fait deux ou trois ans d'études générales de droit administratif; il connaîtra tous les principes d'organisation administrative, de hiérarchie, de juridiction, de compétence; il aura étudié les principales matières sur lesquelles s'exercent les attributions de l'administration générale, départementale, communale. Mais il n'aura pu faire, dans les facultés, un cours d'économie politique, de statistique générale ou nationale, d'administration financière, de comptabilité administrative, d'administration comparée. S'il connaît le droit administratif, il ne possède pas les autres éléments de la science administrative; il ne connaît pas l'administration proprement dite. De même, sur les légations et les consulats, sur le droit qui les régit et les connaissances nécessaires à la carrière diplomatique, il n'aura que des notions insuffisantes. Il ne connaîtra pas à fond l'histoire des traités européens, le droit international, le droit des gens maritime; et s'il est appelé à quelques fonctions de l'administration intérieure ou extérieure, non-seulement il aura besoin d'un noviciat administratif, qui, dans tous les cas, est indispensable, mais il aura encore toute une éducation à faire. C'était à combler cette lacune qu'était destinée l'École spéciale projetée en 1846; et M. J. Mallein reprenant cette pensée et l'appropriant aux besoins de l'État, propose de fonder deux *Écoles spéciales*, qui seraient aux Facultés de droit ce que l'École des ponts et chaussées et l'École des mines sont pour les futurs ingénieurs sortis de l'École polytechnique. La première, l'École spéciale d'administration intérieure, s'ouvrirait aux licenciés en droit qui aspireraient au titre d'auditeurs au Conseil d'État, d'auditeurs à la Cour des comptes, de conseillers de préfecture à Paris et dans les départements les plus considérables. L'auteur désirerait même qu'auprès des grandes préfectures de la province il y eût aussi une classe d'auditeurs ou d'attachés qui, formés à l'École d'administration intérieure, seraient préparés par leurs études et par leur noviciat pratique aux fonctions de sous-préfets, à l'exercice de la juridiction de plus en plus importante des conseils de préfecture, à la gestion des intérêts qui se partagent les diverses branches des services administratifs. Le gouvernement ne serait pas enchaîné dans la liberté de ses choix; mais comme il lui importe d'être bien

servi, c'est vers la classe des candidats formés par l'école d'administration intérieure que se porteraient naturellement ses préférences.

La seconde école, sous le titre d'*École spéciale des légations et des consulats*, ou d'*École spéciale diplomatique*, s'ouvrirait aux jeunes licenciés en droit qui aspireraient à représenter un jour le gouvernement à l'étranger dans l'ordre politique ou commercial. Les élèves consuls qui existent aujourd'hui, mais sans école spéciale où ils puissent se former aux connaissances théoriques, pour remplir les conditions d'instruction dont l'ordonnance du 20 août 1833 reconnaissait la nécessité, offriraient plus de garanties à l'État qui leur confie des missions lointaines¹ : « La diplomatie n'est pas une science occulte, disait un écrivain politique, après le congrès d'Aix-la-Chapelle de 1818 ; en tout pays elle admet des principes, des règles et des bases qu'il faut fixer et déterminer... Il y a beaucoup de livres sur ces matières, mais les écoles manquent absolument, et l'on apprend en agissant, au lieu d'agir, comme le bon ordre l'exige, après avoir appris². » Le besoin qui se faisait sentir en 1819 et 1833 semble bien plus pressant aujourd'hui que les missions diplomatiques et consulaires se multiplient et s'élèvent en raison des progrès du commerce et des relations internationales.

En résultat, si les vues judicieuses de l'auteur des *Considérations* étaient adoptées, nous aurions en France cinq écoles administratives :

Trois qui existent déjà, savoir : l'école spéciale des ponts et chaussées ; l'école spéciale des mines ; l'école spéciale forestière ; et deux nouvelles : l'école spéciale d'administration intérieure ; l'école spéciale des légations et consulats.

Alors l'administration, les lois qui les régissent et l'enseignement, seraient vraiment unis par un lien de féconde harmonie.

Aujourd'hui non-seulement le droit administratif est trop resserré dans les limites de son enseignement, mais en lui-même il n'est qu'une branche de la science ; il ne peut offrir qu'un aspect de l'administration, ses rapports avec les citoyens. Il ne contient pas, il ne peut contenir les connaissances accessoires

¹ L'ordonnance du 20 août 1833, art. 12, sous le ministère de M. le duc de Broglie, indique un règlement futur qui n'a pas eu lieu pour l'instruction des candidats.

² *L'Europe après le congrès d'Aix-la-Chapelle*, par M. de Pradt (1819).

et cependant indispensables qui concourent à former dans son ensemble et sa vérité la science administrative.

J'ai franchi les intermédiaires pour arriver, avec la fin du livre, aux résultats organiques les plus précis, et à mon sens les plus désirables. Maintenant je reviens au droit administratif lui-même et à son enseignement.

M. Mallein, profondément convaincu de la nécessité des trois années d'études dans les facultés de droit, semble disposé à sacrifier ses autres propositions, même les *écoles spéciales administratives*, plutôt que d'abandonner l'assimilation du droit administratif au droit commun pour la durée des études. J'avoue que je ne pourrais obéir à une conviction aussi impérieuse sur la nécessité des trois années. Dans les facultés, deux années de droit administratif, et, dans les écoles spéciales d'administration intérieure et extérieure, des études de science administrative et d'application, me paraîtraient satisfaire aux besoins actuels de l'enseignement, au vœu général des Facultés et à la pensée de l'ancienne commission de 1846. Renoncer aux écoles spéciales administratives pour obtenir les trois ans d'études dans les facultés, ce serait renoncer à la pensée et à l'espoir d'une grande institution, pour une certaine richesse de détails qui ne peuvent intéresser au même degré les diverses classes d'étudiants. Ceux qui se destinent à la carrière administrative trouveraient ces détails et bien d'autres études complémentaires dans les écoles spéciales.

M. Mallein a présenté, dans un chapitre substantiel, la classification des matières de son cours. Le plan est simple et assez vaste pour tout embrasser : livre I^{er}, *Organisation et attributions générales du pouvoir administratif*; livre II^e, *Intérêts moraux* (ou religieux, politiques, intellectuels), dont le pouvoir administratif s'occupe; livre III^e, *Intérêts matériels* (domaine, travaux publics, voies de communication, etc.); livre IV^e, *Intérêts à la fois moraux et matériels* (industrie; brevets d'invention, propriété littéraire, etc.); livre V^e, *Moyens généraux d'exécution* dont le pouvoir administratif dispose (force publique, finances).

L'auteur dit avec raison : « Pour l'homme qui enseigne, le meilleur plan est toujours celui dans lequel il trouve le plus de clarté. » Je ne comparerai donc pas ses divisions principales avec celles des autres professeurs français qui ont publié leur

cours et préféré la division tripartite : *administration générale, administration locale, juridiction*. Je remarquerai seulement qu'un professeur espagnol, dom Manuel Colmeiro, correspondant de l'Institut, a suivi à peu près le même plan que M. Mallein dans la distribution de son *Cours de droit administratif* en cinq livres; mais qu'au lieu de prendre pour base de sa division les *intérêts* à gérer ou à protéger, il l'a fondée sur les *devoirs* de l'administration en ce qui concerne ces intérêts. Peut-être la formule du professeur de l'université de Madrid est-elle plus philosophique que celle du professeur de Grenoble; car rien n'est supérieur au devoir, pas même le droit; et le droit, pour l'administration qui représente la société, qui gère et protège les intérêts publics, dérive de son devoir envers la société et envers les citoyens.

L'auteur des *Considérations*, pour faire place aux trois chaires de droit administratif qui lui semblent indispensables, propose de modifier l'enseignement général dans les Facultés de droit; et laissant à l'écart celle de Paris, qui aura toujours ses conditions propres d'organisation, il demande pour les Facultés de province sept branches d'enseignement distribuées en douze chaires et trois années : deux pour le droit romain, trois pour le Code Napoléon, une pour la procédure civile (ce qui existe déjà); une chaire pour le droit criminel (elle existe seulement à Paris et à Toulouse); une chaire tout à fait nouvelle de *droit international privé* ou de législation comparée, et pour le droit administratif les trois chaires au lieu d'une. Il exclut de son plan le cours d'introduction générale à l'étude du droit, créé en 1840 pour faciliter la transition des études du lycée aux études juridiques, le cours d'histoire du droit français et le cours d'économie politique. On pourrait faire de sérieuses objections sur quelques-unes des chaires proposées et sur celles exclues du plan d'organisation. Je ne crois pas devoir entrer ici dans une discussion de pédagogie et de genre trop didactique; seulement, il faut rendre cette justice à l'auteur que s'il n'admet pas de chaires spéciales pour certaines branches d'enseignement, il reconnaît expressément la nécessité d'unir la philosophie, l'histoire du droit, l'économie politique à l'enseignement du droit lui-même.

Sur la question relative à l'*économie politique* notamment, il n'hésite pas dans ses solutions. Il veut que le professeur de droit

administratif fasse une part assez large aux notions économiques dans ses prolégomènes et dans l'explication de certaines matières. Il est impossible, en effet, d'exposer la théorie et la législation des impôts, des douanes, du domaine public, des grandes communications, des institutions de crédit, des monopoles de l'État, de la propriété industrielle, sans avoir recours aux principes les plus éprouvés de la science économique. Mais l'auteur ne pense pas qu'il convienne d'introduire dans les facultés de droit une chaire spéciale d'économie politique. Les facultés n'ont pas été constituées en France, comme les universités en Allemagne. Chacune des facultés ne doit contenir que des branches d'enseignement de même ordre, susceptibles de sanction par l'examen. Le défaut d'harmonie, entre les diverses parties de la science représentée dans une faculté, pourrait avoir des inconvénients, dont la crainte a paralysé la création, tentée en 1819, d'une chaire spéciale d'économie politique au sein de la Faculté de Paris. Au contraire, la chaire d'économie politique et de statistique serait très-bien placée dans les *écoles spéciales d'administration*. Là, l'enseignement qui aurait pour objet, non d'établir les principes du droit que les élèves auraient puisés dans les facultés, mais de préparer et d'éclairer les vues du futur administrateur, ne peut avoir que d'heureux effets en commençant par un cours complet et approfondi d'économie politique, soit qu'on le renferme dans la science de la formation et de la distribution des richesses, soit qu'on établisse les rapports de la science économique avec les autres branches des sciences morales et sociales. La nécessité des connaissances économiques, reconnue aujourd'hui et proclamée de très-haut, serait donc un puissant motif en faveur de l'école spéciale d'administration intérieure.

Je bornerai mon analyse et mes appréciations à cette partie organique et juridique du livre des *Considérations*. Elle contient des vues diverses d'améliorations sur lesquelles on peut quelquefois différer d'opinion avec l'auteur, mais qui sont dignes d'attirer les méditations des hommes de science et de gouvernement.

Les autres considérations sur la méthodologie, les épreuves, les agrégations, les conférences, les études littéraires accessoires, me paraissent appartenir surtout à l'examen d'un conseil d'instruction publique.

Une seule question encore, et d'une haute importance, serait de nature à fixer l'attention de l'Académie des sciences morales et politiques, savoir : la *possibilité* ou l'*impossibilité d'un Code administratif*. Mais elle est plutôt indiquée et résolue pour la négative, que traitée *ex professo* dans le livre remarquable à tant d'égards de M. Jules Mallein; et par elle-même, elle est trop grave pour être incidemment discutée. Elle mérite un examen spécial et approfondi; elle se lie aux intérêts de l'État, de la société, de l'enseignement; et en présence de ce grand problème, que M. Mallein écarte peut-être avec trop de défiance de la sagesse de l'homme et de la nature mobile de l'administration, j'aime mieux, je l'avoue, la réserve de notre savant correspondant, don Manuel Colmeiro, qui, dans son livre sur le droit espagnol, se pose la même question sans la résoudre, en reconnaissant qu'avant tout il est nécessaire de donner une *sévère méthode* au droit administratif.

Si jamais un monument de législation administrative, *dégagé de la partie mobile et purement réglementaire*, peut se placer à côté de notre Code Napoléon, ce sera une gloire pour le gouvernement français, qui achèvera ainsi l'œuvre nationale de codification commencée avec le XIX^e siècle. Mais c'est une question pour un avenir peut-être encore éloigné, tandis que les améliorations dans l'enseignement administratif, et les institutions nouvelles, que l'auteur propose, sont des questions pour le présent. Le livre des *Considérations*, né d'une conviction forte, peut en préparer la solution favorable par la lumière dont il entoure les deux idées principales : l'extension nécessaire du droit administratif dans les facultés, l'organisation d'écoles spéciales administratives. Le professeur a montré une grande sûreté de vues en mettant toujours, dans son système d'améliorations, les études de droit à la base des études administratives; et son ouvrage, qui tend à fortifier ainsi le lien entre l'enseignement supérieur et l'administration du pays, paraîtra sans doute mériter l'estime et l'intérêt de l'Académie, juste récompense des travaux inspirés par l'amour et la conscience du bien public.

F. LAFERRIÈRE.

EXPLICATION ANALYTIQUE ET SYNTHÉTIQUE DES LOIS NOUVELLES

SUR LES COMMANDITES PAR ACTIONS, L'ARBITRAGE FORCÉ ET LES CONCORDATS, PAR ABANDON; par M. BRAVARD-VEYRIÈRES, professeur à la Faculté de droit de Paris. — Chez Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, au coin de la rue Soufflot, 23.

Compte rendu par M. BUFNOIR, avocat à la Cour impériale, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Le *Manuel de droit commercial* de M. Bravard-Veyrières est aujourd'hui dans les mains de tout le monde. Il n'y avait pas longtemps que la cinquième édition en avait été publiée, lorsque survinrent les trois lois du 17 juillet 1856 sur les *sociétés en commandite par actions, l'arbitrage forcé et les concordats par abandon*. Les modifications apportées à la législation commerciale par ces trois lois nouvelles étaient trop importantes pour que M. Bravard-Veyrières ne complétât pas son ouvrage en publiant l'explication de ces lois; et c'est ce qu'il a fait dans le travail que nous nous proposons d'analyser.

Ce travail, en effet, forme un appendice au *Manuel de droit commercial*; mais il constitue, en outre, un ouvrage à part, complet par lui-même, et écrit dans un ordre d'idées tout spécial.

Ce n'est pas seulement comme interprète de la loi commerciale que M. Bravard-Veyrières a rendu d'éminents services à cette branche de notre législation; en plus d'une circonstance il a secondé ou éclairé le législateur dans les perfectionnements qui y ont été introduits. — On se rappelle l'influence qu'il exerça sur la rédaction de la loi des faillites, en 1838, par la publication d'un remarquable travail sur le projet de cette loi. C'est lui aussi qui, en 1850, comme membre de l'Assemblée législative, fit la première proposition d'une loi sur les concordats par abandon.

Sa nouvelle publication est encore conçue dans cet esprit. On y trouve l'appréciation législative en même temps que l'interprétation juridique des trois lois du 17 juillet 1856. A cet égard il n'y a que des éloges à adresser à l'ouvrage du savant professeur. Le lecteur pourra ne pas partager toutes ses appréciations; mais il ne fermera pas le livre sans avoir acquis la com-

plète intelligence des points en discussion, et sans avoir été mis à même de juger en parfaite connaissance de cause.

Sauf quelques critiques de détail, l'auteur approuve la loi sur les commandites par actions, « qui a voulu, dit-il, empêcher le renouvellement des abus qui s'étaient introduits sous le manteau de la commandite, tout en lui laissant la puissance de son principe, l'étendue des applications qu'il peut recevoir sans danger. »

Il n'en est pas de même des deux autres lois. La suppression de l'arbitrage forcé en matière de sociétés commerciales est de la part de M. Bravard-Veyrières l'objet de regrets assez vifs et assez vivement exprimés. Son argument principal, et il peut paraître assez concluant, c'est qu'en fait toutes les contestations de cette nature sont renvoyées à des arbitres rapporteurs, qui sont, au fond, les véritables juges du procès, et des juges sans responsabilité. Du reste, l'auteur discute d'une manière approfondie une question d'une haute importance pratique, celle de savoir si depuis la suppression de l'arbitrage forcé il est permis aux associés de stipuler, dans leur acte de société, que les différends qui pourront s'élever entre eux seront jugés par des arbitres. Il soutient l'affirmative, et fait valoir, à l'appui de cette opinion, des considérations d'un grand poids.

Mais c'est surtout à la loi relative aux concordats par abandon que M. Bravard-Veyrières a réservé ses observations et ses critiques : non qu'il n'accepte l'idée première de cette loi ; car, nous l'avons déjà dit, il avait lui-même, en 1850, fait à l'Assemblée législative une proposition sur cette matière. Le gouvernement, par l'organe de M. Rouher, ministre de la justice, avait adhéré à ce projet, lequel, sauf quelques amendements relatifs aux détails, avait été également accepté par la commission de l'Assemblée, qui avait choisi M. Bravard-Veyrières lui-même pour son rapporteur. Mais il se trouve que la loi nouvelle, quoique paraissant conçue dans le même esprit, repose sur des principes et arrive à des résultats diamétralement opposés au projet de 1850. Aussi est-elle de la part du judicieux professeur l'objet de critiques qui, il faut le reconnaître, ont pour elles une grande autorité de raison.

Suivant M. Bravard-Veyrières, l'erreur du Conseil d'État et du Corps législatif, qui ont pris pour base un projet élaboré par le tribunal de commerce de la Seine, consiste en ce qu'ils ont

considéré le concordat par abandon comme une *cession de biens judiciaire*; tandis qu'il n'est, en réalité, qu'un concordat consenti sous des conditions particulières, c'est-à-dire une *cession volontaire*. De là une différence essentielle dans les résultats : d'après la loi, la liquidation des biens abandonnés aux créanciers par le concordat se fait conformément aux règles de l'union; d'après le projet de M. Bravard-Veyrières, et c'était la pratique antérieure, elle devait s'opérer suivant le mode convenu entre le failli et ses créanciers. Dans le système qui a été adopté, les créanciers ne paraissent plus avoir aucun intérêt à consentir un concordat par abandon, puisqu'il les laisse soumis à tous les inconvénients et à tous les frais de l'union, sans leur réserver le recours qu'ils conservent, en cas d'union, contre le failli qui reviendrait à meilleure fortune. Ainsi le législateur, en croyant simplement régler la pratique antérieure, aurait introduit un système tout à fait nouveau qui ne laisserait subsister aucun des avantages que cette pratique voulait atteindre, et perpétuerait des inconvénients auxquels elle obviait.

Ici encore nous ne voulons pas entrer en discussion; nous nous contentons de renvoyer le lecteur à l'ouvrage dont nous donnons une imparfaite analyse, l'assurant que nulle part ailleurs il ne trouvera sur le principe de la loi, les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, ses inconvénients pratiques et les moyens par lesquels il appartient aux tribunaux d'y remédier, des développements plus précis que dans cette polémique, dont la vivacité, sans exclure jamais le respect de la loi ni celui du législateur, intéresse et attache au plus haut degré.

On aperçoit, du reste, par ce que nous venons de dire, que cette appréciation des lois nouvelles, faite au point de vue législatif, aboutit en même temps à l'interprétation pratique : un exposé rapide, mais clair et précis, de la législation antérieure, prépare très-heureusement à l'entente des modifications qui y ont été apportées.

Sous cet aspect, le livre de M. Bravard-Veyrières ne laisse rien à désirer. On ne saurait imaginer une exposition de principes unissant d'une manière plus saillante la netteté à l'exactitude. Aussi nous ne pouvons nous empêcher d'exprimer le regret que, dans son *Manuel de droit commercial*, notre auteur se soit imposé à lui-même des limites trop restreintes. Assurément le titre de *Manuel* est beaucoup trop modeste pour l'ou-

vrage de M. Bravard-Veyrières, surtout depuis la cinquième édition; néanmoins ses nombreux lecteurs, qui ne sauraient tous assister à ses savantes leçons, voudraient qu'il se décidât à donner un développement plus étendu à son enseignement écrit. Il oublie un peu, et il nous permettra de lui rappeler que la doctrine doit ses lumières à la jurisprudence, et que nul n'est plus propre que lui, avec ses connaissances spéciales, sa pénétration d'esprit et le talent d'écrivain dont il dispose, à servir de guide aux tribunaux dans l'interprétation de nos lois commerciales, anciennes et nouvelles.

C. BUFNOIR.

NÉCROLOGIE.

JULES LE MENUET.

La mort vient d'atteindre un homme excellent que ses qualités et ses vertus modestes rendaient cher à ses amis, et qui laissera dans leurs cœurs un durable souvenir.

Jules Le Menuet, baron de la Juganière, a succombé le 17 avril 1858, à l'âge de cinquante et un ans, subitement frappé au milieu de ses livres, quand il se préparait à expliquer la loi sur les Saisies et les Ordres, dont il venait de suivre la discussion.

Comme Armand Dalloz, auquel un éminent magistrat rendait récemment un si touchant et si juste hommage¹, Jules Le Menuet était encore un de ces hommes que dominait la passion du travail, passion ardente, opiniâtre, que rien ne pouvait modérer, ni les avis de la science, ni les conseils de l'amitié: et lui aussi, il en est mort!

A l'âge de trente et un ans, il entra dans les fonctions du notariat, qu'il a exercées pendant quinze années à Corbeil, de janvier 1838 à novembre 1852. Il y apportait, avec une aptitude remarquable acquise par une étude patiente et fructueuse

¹ V. au tome X, p. 570 et suiv. de cette *Revue*, le Discours prononcé par M. le président Nicias Gaillard sur la tombe d'Armand Dalloz.

du droit et de la jurisprudence, un esprit élevé et un caractère honorable; et c'est par là qu'à peine entré dans la carrière, il obtenait de ceux qui la parcouraient avec lui une confiance, une estime et une affection qui ne se sont jamais démenties, et dont les témoignages l'ont suivi jusqu'au dernier jour de sa vie.

Ainsi dès l'année 1840, deux ans à peine après son investiture, il était appelé à la chambre des notaires; il y entra comme secrétaire; et depuis, si l'on excepte le temps légal d'interruption, il est resté à la chambre et y a rempli successivement les fonctions de rapporteur ou de syndic et celles de président, qu'il exerçait encore en 1852, quand les soins de sa santé l'obligèrent à quitter le notariat et à se séparer de ses confrères.

La séparation, d'ailleurs, ne fut pas complète; les confrères de Le Menuet ne le voulurent pas; et quand il était forcé de s'éloigner d'eux, ils cherchèrent à le retenir encore et à se l'attacher par l'honorariat. Instituée pour reconnaître et récompenser les services de ceux qui ont le plus dignement accompli les devoirs de la fonction, cette distinction était due à tous égards à Jules Le Menuet; néanmoins, pour la solliciter en sa faveur et pour la solliciter immédiatement après la fin de son exercice, il fallait faire taire des usages qui veulent que la demande soit séparée de la cessation des fonctions par un intervalle d'une année, et, en outre, que l'exercice du notariat ait eu vingt ans de durée. On n'y prit pas garde pour Le Menuet, ou plutôt l'honorable notaire, M^e Lheureux, qui soumit la proposition à sa compagnie, exprima « qu'une exception en faveur de Le Menuet serait un acte de justice; » et l'assemblée générale des notaires, « adoptant entièrement les motifs exprimés dans la proposition de M. Lheureux, et voulant donner à M. Le Menuet un témoignage de l'estime et de l'affection de ses anciens confrères, » l'assemblée générale arrêta à l'unanimité, le 17 février 1853, « qu'elle supplierait S. M. l'empereur de conférer à M. Le Menuet le titre de notaire honoraire. »

Rien ne dut compter plus heureusement dans la vie du fonctionnaire que ce témoignage spontané qui lui venait du notariat, de ce notariat que Le Menuet avait servi avec tant de zèle, et qu'il servait encore avec tant de dévouement à l'heure où il a été frappé; rien, si ce n'est peut-être le décret qui, quatre mois après, lui ouvrit les rangs de la magistrature, vers la-

quelle d'ailleurs il était appelé par son nom et par les traditions de sa famille.

Il était fils de M. Le Menuet, procureur impérial près le tribunal de Caen, membre du Corps législatif de 1815, et qui dut à cet honneur, lors de la Restauration, la perte du siège qu'il occupait depuis plus de dix ans. Et il avait pour grand-père M. Le Menuet qui, pendant plus de trente années, fut premier président de la Cour de Caen, et qui, en 1811, reçut le titre de baron de l'Empire, que Jules Le Menuet, son petit-fils, avait recueilli.

Jules Le Menuet était donc ramené vers ses destinées par le décret du 23 juin 1853, qui le nomma juge suppléant au tribunal civil de Corbeil. Son aptitude remarquable, son savoir et son expérience, son amour du juste et du vrai l'avaient suivi dans cette carrière nouvelle; et quiconque l'a vu à l'œuvre, quiconque a vécu avec lui, et par conséquent l'a aimé, peut dire que si peu d'existences furent plus modestes que la sienne, peu d'hommes cependant ont réuni à un plus haut degré que lui l'intelligence et les qualités qui font le juge intègre et le bon magistrat.

PAUL PONT.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts et des auteurs

SUR L'IMMOBILISATION DES MEUBLES CORPORELS
SOUS LE CODE NAPOLÉON.

(Art. 522, 523, 524 et 525 C. Nap.)

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

1. — 1. Objet de cette dissertation. — 2. Son utilité. — 3. Distinction en deux classes des meubles immobilisés.

1. Nos auteurs modernes semblent tirer de grands mystères de la qualification d'immeubles *par destination* donnée par le Code aux meubles que le propriétaire attache physiquement à son fonds ou qu'il y place sans aucun lien physique pour le service et l'exploitation du fonds.

Il m'a paru utile de jeter ici un coup d'œil d'ensemble sur cette partie de notre Code, afin de bien faire connaître la différence qui existe sur ce point entre la jurisprudence du temps de Pothier et la volonté du Code Napoléon, tout en bannissant les subtilités de la doctrine.

2. Rien de plus utile que de ne se point méprendre sur les meubles immobilisés. Souvent les questions sur ce point présentent peu d'importance pécuniaire, mais souvent aussi elles en offrent beaucoup : car, selon qu'une chose sera déclarée meuble ou immeuble, la loi l'attribue à la communauté ou au fonds propre à l'un des époux ; au légataire des meubles ou au légataire des immeubles ; aux créanciers hypothécaires ou aux créanciers chirographaires en cas de faillite ; au vendeur ou à l'acheteur lors de la vente d'une maison, d'une *usine* ou d'un fonds rural, faite sans désignation des choses immeubles par destination. Donc, si l'interprétation des textes est fautive ou hasardée, elle donnera à l'un ce qui appartiendra à l'autre, et violera par conséquent la grande fin de la justice civile : *CUIQUE SUUM TRIBUERE*.

Remarquons bien que la division des immeubles en immeubles *par leur nature* et immeubles *par destination*, est une distinction propre à notre droit civil, et qu'en conséquence, quand *par sa nature* une chose est meuble, ce ne peut être que par la *fiction* ou par la *volonté* de la loi qu'elle deviendra immeuble

contrairement à sa nature. L'article 528 du Code Napoléon définit *meubles par leur nature* « les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées. » — Or c'est là une définition législative qui comprend tous les meubles. — Comment donc peut-elle être limitée? Elle ne peut l'être que par *d'autres textes législatifs* qui viendront déterminer dans quels cas une chose susceptible de se mouvoir par elle-même ou une chose susceptible de changer de place par l'effet d'une force étrangère, échangeront leur qualité naturelle de meubles contre celle d'immeubles par destination; car *civilement* il faut une loi spéciale pour conférer à un bien une qualité *civile* autre que sa qualité naturelle.

Ces textes sont les articles 522, 523, 524 et 525 du Code Napoléon.

3. Ils divisent les meubles corporels, immobilisés par destination, en deux classes bien distinctes.

PREMIÈRE CLASSE. Les effets mobiliers que le propriétaire du fonds y a *physiquement* attachés, avec intention de perpétuelle demeure.

DEUXIÈME CLASSE. Les objets mobiliers que le propriétaire *n'attache pas physiquement* au fonds, mais qu'il y a cependant *placés pour le service et l'exploitation du fonds*, quelquefois pour un temps déterminé, et peut-être même sans intention de perpétuelle demeure.

L'article 523, le paragraphe final de l'article 524 et l'article 525 règlent les immeubles par destination de la première classe.

L'article 522 et l'article 524 dans ses premiers paragraphes jusqu'aux mots « *pailles et engrais*, » règlent quels sont les immeubles par destination de la seconde classe.

II. — 4. Vue générale de la doctrine jusqu'au temps de Pothier. — 5. Lois spéciales pour empêcher de priver tout à coup l'agriculture des moyens directs d'exploitation. — 6. Pas d'exceptions législatives en faveur des usines.

4. Sous l'ancien droit on distinguait, comme à présent, les meubles et les immeubles.

Était alors immeuble ce qui par soi avait une assiette fixe;

meuble, ce qui n'avait pas d'assiette et pouvait se transporter d'un lieu à un autre par soi-même ou par l'effet d'une force étrangère.

Le droit romain ne connaissait pas les immeubles par destination, au moins doctrinalement; car, malgré l'absence de cette division, on ne doutait pas que l'objet mobilier qui avait été préparé pour l'immeuble, et qui en faisait partie *usus perpetui causâ*, ne fût par accession une partie intégrante de cet immeuble. — Seulement le droit ne donnait pas à la chose meuble, unie à l'immeuble par le fait du propriétaire, le nom d'immeuble : mais nul ne l'en aurait séparée; elle aurait suivi l'immeuble comme accessoire nécessaire, ce qui dans la pratique revenait à peu près au même.

Cela arrivait même sans que la chose meuble fût incorporée à l'immeuble, quand l'accessoire était absolument nécessaire pour compléter la chose (*ad integrandam rem*). Le couvercle d'un puits ou la clef d'une porte n'étaient pas des immeubles. La clef n'avait pas, dans une vente de maison, le caractère immobilier plus que le licou d'un cheval n'avait la qualité animale; mais elle était comprise dans la vente, parce qu'une porte de maison n'est pas complète sans le moyen de l'ouvrir et de la fermer.

Comme il ne fallait pas aller trop loin dans l'interprétation des contrats et des legs (car c'est surtout pour ces matières qu'étaient écrits les textes du droit romain), on ne regardait donc comme compris dans la vente ou dans le legs d'une maison que les objets mobiliers (*ad integrandam domum necessaria*) sans lesquels la maison eût été incomplète, et l'on rejetait de l'accession nécessaire, en refusant de les regarder comme faisant partie de la chose, tous les meubles qui ne faisaient qu'orner la maison ou que servir à la personne du propriétaire. Ils n'étaient placés qu'*ad instruendam domum*; ainsi, malgré leur utilité, les meubles qui ornaient la maison, la garnissaient et la rendaient plus commode, n'étaient pas compris dans la vente ni dans le legs de la maison.

Il en était de même pour les fonds ruraux. Ce qui servait (*ad instruendum prædium*) à garnir, monter ou exploiter la ferme, n'était pas un accessoire nécessaire du fonds.

Nos pères ne comptaient pas non plus ces choses parmi les immeubles par volonté du père de famille. Les coutumes ont

suivi les mêmes principes, mais elles eurent soin d'empêcher que ce qui était attaché par scellement de manière à n'être enlevé qu'avec détérioration de la chose, ne fût repris par le vendeur de l'immeuble ou par les héritiers aux meubles, même quand la chose n'aurait été placée que pour ornement. C'est le sens de l'article 90 de la coutume de Paris.

On comprend ce que dût avoir d'incertain une jurisprudence qui reposait à peine sur quelques textes. Cependant l'étude du droit et l'application des parlements à le perfectionner amenèrent la science au point que constate Pothier dans son *Traité de la communauté*.

5. Dans son temps, la législation s'occupait aussi des intérêts de l'agriculture. L'ordonnance des substitutions de 1747 et l'édit de 1685 sur les esclaves des colonies prouvent que nos rois craignaient de voir les fonds ruraux dégarnis des moyens de les faire valoir, et le n° 44 du *Traité de la communauté*, dans lequel Pothier émettait le vœu d'y voir étendre cette législation aux animaux attachés, en France, à la culture des terres, était sans doute l'expression d'un sentiment partagé par bien d'autres¹.

¹ La législation était obligée elle-même de respecter les Coutumes, et ne pouvait guère par une fiction mettre au nombre des immeubles propres, des meubles que les Coutumes faisaient tomber dans la communauté; mais l'intérêt de l'agriculture avait inspiré d'autres lois. Un arrêt du Conseil du 17 décembre 1643 avait défendu de saisir, pour le recouvrement des tailles, les outils et bêtes servant au labourage. Un édit d'avril 1667 avait même fait défenses à tous créanciers de saisir aucuns bestiaux, de quelque qualité qu'ils fussent, pendant le temps de quatre années, sauf la créance du propriétaire de la ferme, du donneur à cheptel et du vendeur desdits bestiaux; édit qui paraît avoir eu pour objet d'exciter l'élève des bestiaux, et qui a été renouvelé par divers édits successifs, dont le dernier aurait été, selon Jousse, du 22 mai 1708 et aurait cessé de produire effet au 1^{er} janvier 1714. Bien plus, une ordonnance générale, l'ordonnance de 1667, titre 33, article 16, pourvut à ce que « les chevaux, bœufs et autres bêtes de labourage, charrues, charrettes et ustensiles servant à labourer et cultiver les terres, vignes et prés, ne pussent être saisis, même pour deniers royaux, sauf les droits du bailleur à ferme et ceux du vendeur ou bailleur de deniers pour les acheter. » Cette ordonnance est devenue inutile depuis le Code civil, du moins à l'égard des propriétaires qui ont placé des bestiaux et ustensiles aratoires sur leur propre fonds, puisqu'en déclarant immeubles par destination les animaux attachés à la culture et les ustensiles aratoires placés par le propriétaire sur son fonds pour le service et l'exploitation du fonds, la conséquence est qu'ils cessent dès lors d'être saisissables par les voies d'exécution mobilière (à moins qu'il n'y ait fraude).

Quoi qu'il en soit, ces ordonnances établissaient des exceptions et ne pouvaient, dans la pratique, s'étendre à d'autres terres qu'aux terres substituées et aux habitations des colonies.

6. Remarquons bien qu'il n'y avait alors aucune exception en faveur des usines. Quand Pothier, n° 59, parle des grandes cuves et chaudières d'une raffinerie et les déclare accessoires à l'immeuble, parce que sans cela il manquerait quelque chose à la raffinerie, il déclare formellement n'entendre pas parler des moules nécessaires à la formation des pains, et les exclut de l'immobilisation. Pourquoi donc immobilise-t-il les grandes cuves et chaudières? C'est parce que le bâtiment ayant été construit à l'usage d'une raffinerie, les grandes cuves et chaudières y sont *incorporées* en maçonnerie et que l'auteur écrit sous l'influence de l'article 90 de la coutume de Paris. Il ne s'agit pas pour lui de ce qui a simplement été placé dans les lieux pour le service et l'exploitation du fonds, mais de ce qui tient au bâtiment par scellement.

III. — 7. Ce que les trois projets *Cambacérés* avaient proposé.

7. Le Code civil vint ensuite.

Trois essais en ont été faits avant le grand projet de l'an VIII. J'entends parler des trois projets rédigés ou rapportés par Cambacérés.

Le premier (V. Fenet, t. I^{er}, p. 38) déclare immeubles les choses qui, *quoique mobilières par leur nature*, ont été destinées à l'usage perpétuel d'un immeuble par le propriétaire de cet immeuble, et y tiennent à fer, à clou ou à ciment.

Ainsi il n'y aurait eu, comme sous la coutume, d'immeubles par destination que les meubles qui y auraient été attachés par adhésion physique.

Le second projet, par son article 65, divisait seulement les biens en meubles et immeubles, et laissait le reste aux distinctions théoriques.

Le troisième projet est plus travaillé. L'article 400 (Fenet, p. 241) est ainsi conçu : « Sont immeubles par leur destination, » *les animaux servant à l'exploitation des terres*; les pigeons » des colombiers; les lapins des garennes; les poissons des » étangs; les pressoirs, cuves et tonnes, *lorsqu'on ne peut les » déplacer sans les mettre en pièces*; *les pailles, foin et fumiers » destinés aux engrais*; les effets mobiliers tenant à clous, à fer,

» ou scellés en plâtre, qui ne peuvent être transportés sans détérioration et sans altérer le fonds dont ils dépendent. »

On voit dans ce détail une suite de l'intérêt du législateur pour l'agriculture, et de meubles immobilisés en sa faveur par simple destination, sans aucun lien physique qui les incorpore à l'immeuble.

IV. — 8. Projet de la commission de l'an VIII; sa méthode et ce qu'on en doit conclure.— 9. Il ne contient rien sur les ustensiles d'usines.

8. A ce projet succéda celui de la commission de l'an VIII. Il est utile de le bien connaître pour pénétrer l'esprit du Code Napoléon.

L'article 8 du titre 1^{er} du livre II, comme l'article 517 du Code, divise les immeubles en immeubles par leur nature, par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. Cette troisième branche de la division est étrangère à notre examen actuel.

L'article 4 déclare immeubles par leur nature les fonds de terre et les bâtiments.

L'article 5 « *répute* immeubles par leur destination les objets » que le propriétaire du fonds y a placés pour l'utilité de ce » fonds, savoir : les animaux destinés à la culture; les pigeons » des colombiers; les lapins des garennes; les ruches à miel; » les poissons des étangs; les pressoirs, cuves et tonnes; les » pailles, foin et engrais; les effets mobiliers que le propriétaire a attachés à ses bâtiments à perpétuelle demeure. »

La première partie de cet article est toute dans l'intérêt de l'agriculture jusqu'aux mots « pailles, foin et engrais. » Elle ne parle pas de perpétuelle demeure ni d'attache physique au fonds; elle exige seulement que la chose ait été placée par le propriétaire sur son fonds, et pour l'utilité de ce fonds.

Mais aussi le mot « savoir » paraît destiné à limiter l'énumération et à ne pas permettre d'étendre plus loin l'immobilisation des meubles qui ne tiennent point au fonds par une attache physique.

Quant au dernier alinéa, « les effets mobiliers que..., » etc., qui suppose l'attache à perpétuelle demeure, il ne parle que des bâtiments urbains ou ruraux et des choses qui y tiennent par un lien physique d'incorporation ou d'affixion.

De sorte que l'article 5 se divisait en deux parties; la pré-

mière pour la simple destination au moyen d'un placement sur le fonds et ne concernait que les fonds de terre; la seconde, pour l'attache à perpétuelle demeure, concernait les bâtiments, soit urbains, soit ruraux.

L'article 6 (devenu le 526°) énumérait les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

Les articles 7, 8 et 9, reprenant des détails sur les immeubles par leur nature, distinguaient, à peu près dans les mêmes termes que les articles 519, 520 et 521 du Code, dans quels cas les moulins à vent ou à eau sont meubles ou immeubles par leur nature, et quand les récoltes, fruits, et bois en coupes réglées, deviennent meubles par la récolte ou la coupe.

L'article 10 parlait des animaux livrés au fermier et métayer, à peu près dans les mêmes termes que l'article 522 du Code, et formait ainsi un développement, pour un cas particulier, d'objets mobiliers devenus immeubles par destination, sans attache physique. Il semblait ne concerner que l'agriculture.

L'article 11, au contraire, ne concernait que les bâtiments, en établissant une présomption légale de perpétuelle demeure, par développement du dernier alinéa de l'article 5, dans les termes suivants : « Le propriétaire *est censé* avoir attaché à ses » *bâtiments* des effets mobiliers à perpétuelle demeure, — lorsqu'ils y sont scellés à plâtre, ou à chaux, ou à ciment, — ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés *sans être* fracturés et détériorés, ou *sans briser* et détériorer la partie du bâtiment à laquelle ils sont incorporés; — ce's peuvent être les lambris, boiseries, tableaux, peintures, *glaces* et trumeaux. — A l'égard *des statues* placées par le *propriétaire* dans les niches pratiquées exprès pour les recevoir, *elles sont censées*, par cela seul, à perpétuelle demeure. »

Enfin l'article 12 (devenu aujourd'hui le 523° du Code) appliquait aux tuyaux de conduite, même dans les champs, la règle posée par le dernier alinéa de l'article 5 pour l'incorporation aux bâtiments seulement; ce qui prouve d'autant plus que le scellement, dans l'esprit du projet de la commission du gouvernement, n'était relatif qu'aux bâtiments.

Telle est la méthode du projet de la commission.

9. Nous n'y voyons encore rien de spécial pour les usines. Quand elles dépendaient du bâtiment, elles avaient pour accessoires nécessaires ce qui était affixé et scellé, et ce qui ne pouvait

être transporté sans fraction ou détérioration (*Cout. de Paris*, art. 90; *Projet de la commission du gouvernement*, art. 11); mais aucun texte n'immobilisait ce qui pouvait avoir été placé dans l'usine par le propriétaire, sans lien *physique* avec le fonds, quoique pour le service et l'exploitation du fonds.

V. — 10. Sur le projet de la section de législation.

10. La section de législation du Conseil d'État a repris l'œuvre de la commission du gouvernement, et, pour la première fois, a parlé des usines dans une loi générale et purement civile, par ces mots de son article 518 : « *les ustensiles nécessaires* à l'exploitation des forges, papeteries et autres *grandes usines*, et en remplaçant dans le dernier alinéa de cet article les mots « attachés au bâtiment, » par les mots « *attachés au fonds* » qui s'appliquent à autre chose qu'aux maisons ¹.

Ceci bien connu, nous revenons aux articles 522, 523, 524 et 525 du Code, dont nous voulons donner l'explication.

Il importe de les bien entendre par les raisons que nous en avons données au commencement de cette dissertation.

En effet, le Code ayant donné une définition législative des meubles corporels par l'article 528, définition aussi exacte en jurisprudence qu'en physique (*moventia per se aut per vim extrinsecam*), toute loi qui déclarera immeuble un corps meuble de sa nature et suivant la définition de l'article 528, sera une loi arbitraire et exceptionnelle à cet article; et comme les lois arbitraires et exceptionnelles ne peuvent s'étendre au delà du droit créé par le texte ou de l'exception portée par la loi, les articles 522, 523, 524 et 525, tant comme lois arbitraires que comme lois d'exception, ne doivent pas être étendues au delà de leur signification précise; autrement on violerait l'article 528 et l'on ferait une fausse application de l'un de ces quatre articles; mais en même temps il faut donner aux textes toute l'étendue qu'ils comportent.

¹ Le texte du projet de la section de législation se trouve dans le procès-verbal du 20 vendémiaire an XII, p. 73 de l'édition officielle in-4°; dans *Fenet*, t. II, p. 4; dans la *Législation civile de Loqué*, t. VIII, p. 21. Il n'est pas inutile de l'avoir sous les yeux.

VI. — Texte de l'article 522, et observations. — 11. Immobilisation par l'effet d'une convention. — 12. Si elle cesse quand la convention prend fin, et comment elle peut naître une seconde fois par application de l'article 524. — 13. Conséquences de l'article pour la communauté. — 14. En principe, point de différence entre le gros et le menu bétail. Arrêts. — 15. Singulière doctrine d'un arrêt de Bourges. — 16. Le troupeau de porcs donné au fermier par le propriétaire n'est pas immobilisé, et pourquoi? — 17. Quant aux autres animaux, il en sera de même si le cheptel a le commerce pour objet principal. — 18. Il faut un écrit pour produire l'immobilisation. — 19. Sens moral du mot *attachés*.

ARTICLE 522.

« Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier »
 » pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant »
 » qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention.
 » Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou »
 » métayer, sont meubles. »

11. Cet article 11 semble créer une espèce d'immeuble *par convention*. Dans la volonté des parties, les animaux livrés au fermier cesseront d'être immeubles à la fin du bail; ils rentreront comme meubles, aux mains du propriétaire, par l'expiration ou la résolution de la convention.

12. Mais si à la fin du bail, de quelque manière qu'elle arrive, le propriétaire, rentrant en jouissance de la ferme, continuait à y conserver les mêmes bestiaux, ces animaux pourraient être considérés comme immeubles, non plus par une conséquence de l'article 522, mais par une conséquence des §§ 2 et 3 de l'article 524, si, par les circonstances du fait, il était établi que le propriétaire a manifesté la volonté de continuer à en jouir de la même manière que son fermier.

Autre chose est l'article 522, autre chose l'article 524, §§ 1 et 2. Quand le propriétaire, pendant sa jouissance personnelle, place un objet mobilier sur le fonds avec l'intention qu'il profite aux services et exploitation du fonds, le seul placement par le propriétaire suffit pour imprimer instantanément la qualité d'immeuble par destination à l'objet ainsi placé, car il n'y a là qu'une unique volonté, celle du propriétaire, qui ne dépend de personne. Quand, au contraire, il livre des bestiaux ou un cheptel à son fermier, il s'opère une convention qui dépend de deux volontés, et le propriétaire a pu vouloir que les bêtes de

service et le fonds du cheptel ne fussent immobilisés que pendant le temps fixé. La qualité fictive d'immeuble doit donc cesser à la fin du bail.

Et par conséquent, dès la fin du bail cesse l'immobilisation; par conséquent aussi, dès la fin du bail, les créanciers peuvent saisir-exécuter sur le propriétaire ces animaux redevenus meubles; et comme le propriétaire a cependant le droit de les immobiliser à nouveau par un second placement sur le fonds, il y aura un temps moral pendant lequel la volonté du propriétaire ne sera pas démontrée. Rentre-t-il dans la jouissance pour laisser les choses *in statu quo* et conserver le menu bétail? Rentre-t-il dans la jouissance pour donner une impulsion différente à la culture? C'est ce qui ne peut être connu que par sa conduite future; et, par conséquent, c'est pendant ce temps moral que les chirographaires peuvent saisir-exécuter. C'est là une question de fait et un temps incertain que les tribunaux seuls ont le pouvoir d'apprécier selon les circonstances.

Il est clair qu'il n'y aura pas d'interruption si, avant la sortie du fermier, il y a bail consenti à un autre sous les mêmes conditions, ou si les faits postérieurs démontrent que le propriétaire a continué à suivre les errements du fermier sortant.

13. Si la communauté vient à se dissoudre pendant le cours du bail, les animaux livrés au fermier par le propriétaire seront accessoires du fonds sur lequel ils se trouvent placés, et appartiendront nécessairement à l'époux propriétaire du fonds (*arrêt de Bordeaux*, 22 mai 1841; *Pal.*, 1841, t. II, p. 247), sauf récompense envers la communauté, si la communauté a fourni le cheptel; ils appartiendront à la communauté si le fonds est un acquêt de communauté.

14. Les animaux *livrés pour la culture* comprennent non-seulement les bœufs et chevaux de labourage, mais même le bétail élevé sur la ferme pour lui fournir des engrais, comme les moutons. C'est ce qui résulte de la seconde partie de l'article, qui, par opposition à la première, déclare meubles les animaux donnés à cheptel à d'autres qu'au fermier et métayer, sans distinction aucune, et par conséquent fait bien entendre que tous animaux livrés au fermier sont regardés comme immeubles sans distinction entre le gros et le menu bétail, pourvu que la culture y trouve une utilité actuelle ou prochaine. C'est une jurisprudence constante. V. arrêt de la Cour de *Riom*, du 30 août

1820 (*Pal.*, 1827, p. 396), qui comprend les gros bestiaux et les autres bêtes données à cheptel, en faveur de l'adjudication d'un domaine, quoique le procès-verbal d'adjudication n'en fit pas mention; autre arrêt de la même Cour, du 28 avril 1827 (*S.*, 29, 2, 79), au profit des donataires de portion d'un domaine et des bestiaux réputés immeubles par destination; arrêt de *Bourges*, du 24 février 1837 (*S.*, 38, 2, 109), au profit du légataire des immeubles contre le légataire universel des meubles.

15. Tout en admettant la doctrine de ce dernier arrêt en ce qu'il ne fait pas de distinction entre les bestiaux destinés à la culture et ceux qui n'auraient pour objet que l'engrais des terres, nous pensons qu'il est allé trop loin dans ses motifs en ajoutant : *quand ils ne seraient destinés qu'à la nourriture des colons.*.... Il paraît qu'il s'agissait dans le bail de *quelques porcs* que le fermier avait reçus du propriétaire, et qui devaient être plus tard représentés par d'autres bêtes.

Nous ne nous appesantirons pas sur l'espèce : examinons les principes.

La loi parle des animaux livrés au fermier POUR LA CULTURE. Or la nourriture du fermier et des valets de ferme n'a pas la culture pour objet. C'est évident.

16. Certes, sous notre droit, un propriétaire peut bailler en cheptel à son fermier un troupeau de porcs, et les hésitations ou distinctions de l'ancien droit (V. Pothier, *Traité des cheptels*, nos 22 et 23) ont disparu devant l'article 1802 du Code Napoléon : « On peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de croître ou de profit pour l'agriculture ou le commerce. » Mais ce n'est pas là la question. Notre question est de savoir si le propriétaire ayant baillé en cheptel un troupeau de porcs à son fermier, a par là même immobilisé son troupeau.

Et je réponds non, malgré les déductions à tirer de l'arrêt cité, et je m'appuie sur l'article 1802, qui indique bien qu'on peut tirer profit du cheptel ou pour l'agriculture ou pour le commerce. Or les soins donnés à un troupeau de porcs n'ont pas en vue la culture; ils ont en vue le profit qu'on fera sur le croît, qui n'est bon qu'à vendre. Les porcs ne sont donc pas des animaux livrés au fermier *pour la culture*, mais pour en tirer profit pour le commerce. L'article 522 n'immobilise donc pas les troupeaux de porcs livrés au fermier.

Et l'on pourrait sans doute, quoique ce ne soit pas l'usage,

imaginer un cheptel pour des troupeaux d'oiseaux de basse-cour, telles que des poules-dindes et des oies qu'une fermière engraisserait. Évidemment, on repousserait l'immobilisation. Ils seraient pourtant compris sous les mots : *animaux livrés au fermier*.

Qu'on ne dise pas que l'immobilisation est dans l'intérêt du fermier, afin de parer aux saisies mobilières que pourraient tenter les créanciers du bailleur. D'abord il n'en a pas besoin, parce que la production du bail ou du contrat de cheptel ayant date certaine repousserait le créancier saisissant; et de plus, l'immobilisation n'a pas été faite en sa faveur. C'est une fiction de la loi pour obvier aux inconvénients de l'ancienne législation, qui laissait le successeur aux fonds de terre dépourvu des moyens de culture et d'amendements qu'avait son auteur ou prédécesseur.

17. Et ce que j'ai dit sur les cheptels des pourceaux, je le dis aussi sur ceux d'autres animaux, bêtes à laine, bœufs, vaches, chevaux et juments, toutes les fois que les conditions du contrat seront telles qu'il en résultera plutôt un profit de commerce qu'un profit pour l'agriculture. — *V. ci-après l'article 524, n° 35.*

18. L'immobilisation des meubles est de droit étroit; et par conséquent, il a été jugé avec raison qu'il fallait que les bestiaux livrés au fermier fussent compris dans le bail. Si le bailleur les a laissés sur la ferme sans en faire aucune mention dans le bail, ils ne se trouvent aux mains du fermier qu'à titre précaire (*arrêt de Bruxelles, 8 août 1811*).

Qu'on ne dise pas que l'immobilisation est utile au fermier, pour éviter la saisie-exécution qui pourrait être faite sur le propriétaire. Non, ce n'est pas l'objet de l'immobilisation, parce que le contrat de bail ayant date certaine repousserait le créancier saisissant.

L'objet de l'immobilisation a été d'obvier aux inconvénients de l'ancienne législation, qui laissait le successeur au dépourvu sur les moyens de culture et d'amendements du domaine qu'avait son auteur ou prédécesseur.

19. Dans notre article, les mots « attachés au fonds » s'entendent du lien conventionnel qui empêche le propriétaire de les retirer au fermier, et non d'une attache physique, comme dans l'article suivant.

VII. — Texte de l'article 523, et observations. — 20. *Attachés* est pris ici dans le sens physique. — 21. Cet article ne fait pas double emploi avec l'article 524.

ARTICLE 523.

« Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés. »

20. *Attachés* paraît être pris dans le sens physique; mais il ne faut pas non plus l'entendre exclusivement de l'attache par scellement dont parle l'article 525. Par exemple, je classerais sous cet article même les longs tuyaux en cuir, qui, dans un grand jardin, s'adaptent pour l'arrosage à la bouche d'une pompe au moyen d'un collier de cuivre à vis.

21. Je crois qu'il faut prendre l'article tel qu'il est. J'y classerais dans les maisons, tous les tuyaux propres à l'écoulement des eaux pluviales et ménagères et ceux qui y amènent et distribuent les eaux venant de l'extérieur; dans les jardins et même dans les jardins maraîchers, les tuyaux quels qu'ils soient, qui facilitent l'arrosage, ne fussent-ils que de longs augets en bois reposant sur le terrain pour faire courir l'eau de tonneaux en tonneaux; dans les champs, tous les travaux faits pour l'irrigation ou les conduits faits pour l'écoulement des eaux superflues, à plus forte raison quand il y a des aqueducs de construction. Rien ne justifie la dispute qui s'élève entre les auteurs, à propos des tuyaux de conduite des eaux, sur la question de savoir si l'article 523 en fait des immeubles par nature ou des immeubles par destination, sous prétexte que, dans ce dernier cas, l'article 523 aurait dû être fondu dans l'article 524. On critique tant le Code qu'on nuit à son intelligence! Disons donc simplement que quand les tuyaux sont des aqueducs en maçonnerie, ce sont des constructions auxquelles on ne peut contester la qualité d'immeubles par nature; que, quand les tuyaux traversent le terrain d'autrui, ce sont des servitudes, et que pour les tuyaux qui se trouvent dans la maison, dans le jardin ou dans le champ du propriétaire, ils sont immeubles par destination, de quelque manière qu'ils y soient attachés. Les rédacteurs du Code ne devaient pas les placer dans la première partie de l'article 524, qui ne s'occupe que des meubles immobilisés par simple placement de la part du propriétaire; ils ne pouvaient pas non plus

les comprendre dans la dernière partie du même article, où il s'agit des meubles immobilisés par scellement, parce qu'il y a des tuyaux de conduite des eaux qui ne sont pas scellés. La commission de rédaction du Code et la section de législation en ont fait un article à part, qui est général et assez clair pour qu'il n'y ait nulle exception. Que veut-on de plus ?

VIII. — Texte de l'article 524, divisé en deux parties. — 22. Méthode à suivre dans l'étude de cet article.

ARTICLE 524.

Première partie.

« § 1^{er}. Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés
» pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles
» par destination.

» § 2. Ainsi sont immeubles par destination, quand ils ont
» été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation
» du fonds :

» § 3. Les animaux attachés à la culture ;

» § 4. Les ustensiles aratoires ;

» § 5. Les semences données aux fermiers ou colons par-
» tiers ;

» § 6. Les pigeons des colombiers ;

» § 7. Les lapins des garennes ;

» § 8. Les ruches à miel ;

» § 9. Les poissons des étangs ;

» § 10. Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;

» § 11. Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges,
» papeteries et autres usines ;

» § 12. Les pailles et engrais.

Deuxième partie.

» § 13. Sont aussi immeubles par destination, tous effets
» mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle
» demeure. »

22. Cet article est celui qui comporte le plus d'explications.
C'est aussi le plus tourmenté par les interprètes.

Pour nous, nous le croyons clair en le divisant en deux parties, selon sa propre construction grammaticale : la première partie, composée des douze premiers alinéas, règle l'immobilisation *sans attache physique*, en tirant spécialement ses exemples

des fonds de terre et des usines; la seconde, qui se trouve complétée par l'article 525, règle l'immobilisation *par attache physique* à perpétuelle demeure, en s'occupant plus spécialement des bâtiments.

Nous croyons cet article fort clair, pourvu qu'on ne cherche pas à mêler les deux parties bien distinctes de l'article, et qu'on ne transporte pas dans la première les expressions de « perpétuelle demeure » que presque tous les auteurs empruntent à la seconde partie.

Nous chercherons à l'expliquer simplement, et en nous tenant toujours le plus près possible des termes de la loi.

IX. — Observations sur les §§ 1 et 2 de l'article 524. — 23. Amendement du projet de la commission fait par la section, qui substitue *fonds à bâtiments*. — 24. Autre amendement, qui consiste à faire dominer tout l'article par une déclaration générale du principe. — 25. Pour le *service et l'exploitation* substitués aux mots pour *l'utilité*, et pourquoi? — 26. Restriction du mot *fonds*. — 27. L'article 524 ne s'applique ni au fermier ni à l'usufruitier. — 28. Différence entre *placés et destinés*. — 29. Pourquoi les mots à *perpétuelle demeure* ne s'appliquent pas aux douze premiers paragraphes. — 30. Sur la substitution du mot *ainsi* au mot *savoir*.

23. La première observation générale et la plus importante est de savoir pourquoi ces deux paragraphes sont conçus en termes à peu près semblables.

On le reconnaîtra en comparant cet article 524 à l'article 5 du projet de la commission (voir n° 8). Dans sa première partie, l'article de la commission limitait l'immobilisation *par simple placement* à une énumération faite spécialement pour les *fonds de terre*; et dans sa seconde partie (le dernier alinéa seulement), ne s'occupait de l'attache physique que pour les *bâtiments*.

Dans cette rédaction primitive, il y avait un danger : c'est qu'étant tirée de l'article 90 de la coutume de Paris, *ustensiles d'hôtel, etc.*, la seconde partie (ou dernier alinéa) de l'article 5 de la commission (art. 524 du Code, dernier alinéa) pouvait induire le lecteur, par un raisonnement à *contrario*, dans cette erreur qu'à l'égard des *bâtiments* il n'y avait jamais d'immobilisation *sans affixion* du meuble que le propriétaire plaçait dans la maison pour le service et l'exploitation d'icelle.

J'ai le droit de dire que la rédaction de la commission pou-

vait faire tomber dans cette erreur, parce que, faute d'avoir assez exactement analysé les deux premiers paragraphes de l'article 524, j'y suis tombé moi-même (*Revue critique*, t. III, p. 33) à propos de l'immobilisation des glaces; et tout en maintenant aujourd'hui la solution que j'ai donnée sur les questions traitées au lieu précité, JE RÉTRACTE FORMELLEMENT, *comme trop absolue*, la proposition que j'ai avancée alors, « que le § 1^{er} de » l'article 524 ne s'appliquait jamais aux bâtiments d'habitation. » Cette rétractation est un devoir.

Je n'accuse pas cependant les hommes éminents qui ont fait le projet de la commission d'avoir fait une incomplète rédaction. Ils ont seulement, dans leur dernier alinéa, imité l'article 90 de la coutume, bien sûrs qu'on dirait de ce dernier alinéa ce que Pothier avait dit de l'article 90, *ustensiles d'hôtel....* « Cette règle est imparfaite, car il y a des choses qui, sans être » attachées à fer et à clous, sont censées faire partie de la maison (*Communauté*, n° 47). Telles sont les choses qui servent » à la clôture de la maison, comme les clefs, les cadenas, les » planches qui servent à fermer la boutique le soir, les châssis, » un couvercle de puits. »

Mais les travaux de la section de législation ont perfectionné l'article projeté de la commission, et la section n'a pas voulu laisser à l'interprétation ce qui pouvait être exprimé par un texte.

Ses rédacteurs ont pris le mot *fonds*, employé seul et relativement à chaque nature d'immeuble dont on voudrait parler, dans un sens moins restreint que *fonds de terre*, et lui ont fait signifier dans les quatre articles objet de cet examen, *tantôt* fonds de terre, étang, forêts, vignes, prés, etc., *tantôt* bâtiment, maison, construction quelconque, etc., selon l'objet spécial de chaque article ou partie d'article; et pour parvenir à lui imprimer ce sens générique restreint à chaque objet individuel dont on aurait à parler, ont laissé le mot *fonds* partout où la commission l'avait placé, et l'ont substitué au mot *bâtiment* partout où la commission avait employé ce mot spécial.

Tel est le premier amendement fait par la section.

24. Le second est plus important encore.

Puisque *fonds* devenait le terme générique pour signifier et les fonds de terre et les bâtiments, et que, dans la première partie de l'article, l'énumération ne se rapportait *qu'à des accessoires de fonds de terre*, l'amendement aurait été insuffisant; et

l'on aurait pu conclure de l'énumération que l'immobilisation par simple placement ne s'appliquait jamais aux bâtiments.

Pour éviter cette fausse interprétation, la section a commencé l'article 524, § 1^{er}, par un *proœmium* ou déclaration du principe « que les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés, » pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles » par destination, » *indépendamment de la nature de ce fonds*, bâtiment, terre, bois, vigne, etc.

Et dès lors, il était utile de répéter dans le § 2 la condition fondamentale écrite dans le *proœmium*, pour faire entendre que cette condition seule allait dominer l'énumération à faire dans les §§ 3 à 12, qui ne concernent en rien les maisons d'habitation.

25. Ceci entendu, passons à un autre amendement fait par la section de législation.

Quand le propriétaire a placé des objets mobiliers sur son fonds, pour le service et l'exploitation de ce fonds, ces objets mobiliers *deviennent immeubles par destination* et appartiennent dans le partage à la communauté, si le fonds est acquêt, ou à l'époux, sauf récompense, si le fonds lui est propre.

Mais il ne fallait pas que cela fût poussé trop loin.

La commission de l'an VIII avait dit dans son article 5 : « *pour l'utilité du fonds.* »

Si cette rédaction avait été conservée, tout le mobilier de la ferme et tous les objets utiles au fermier auraient été compris dans la loi sans exception. Certainement aurait ainsi péri absolument l'ancienne distinction entre ce qui est nécessaire *ad integrandum*, et ce qui est utile ou convenable *ad instruendum*. Tout ce qui aurait été envoyé à la ferme serait devenu immeuble.

La loi, pour protéger l'agriculture, n'a pas entendu nuire à l'un des époux, ni enlever le gage des créanciers chirographaires au profit des créanciers par hypothèque. Elle a seulement voulu que les travaux des champs ne puissent être interrompus par une mutation de propriété.

Aussi la section de législation a-t-elle pris une forme plus sévère et plus restrictive que la commission; elle veut pour l'immobilisation que la chose meuble, placée par le propriétaire sur son fonds, l'ait été pour *le service et l'exploitation* du fonds.

Ne seront donc pas immeubles par destination les meubles qui auront été placés sur le fonds pour le service de la per-

sonne, ni ceux qui y auront été placés par le propriétaire pour en faire commerces.

Cette rédaction : « placés pour le service et l'exploitation du fonds, » accorde-t-elle la qualité d'immeuble à tout ce qui est au service du fonds? Non, car ce serait donner à la rédaction de la section le même sens qu'à la rédaction du projet de la commission : « pour l'utilité. » La section de législation a employé des expressions conjonctives, même sans répéter la préposition *pour*, afin d'identifier le service du fonds avec son exploitation. Point de meubles devenus immeubles par le simple placement du propriétaire, s'ils ne sont un moyen direct d'exploitation du fonds.

Or l'exploitation d'un fonds n'est que l'ensemble des travaux nécessaires pour tirer de ce fonds même les produits dont il est susceptible. C'est en ce sens qu'on dit exploiter ses terres, ses bois, une mine.

26. Mais gardons-nous d'exagérer la portée de la loi, et n'assimilons point un fonds immobilier à un fonds de commerce. Voyons ce qu'il doit produire d'après sa nature. Des terres arables produisent du blé, les vignes du vin, un plant d'oliviers produit de l'huile, un plant de pommiers du cidre. Une fois la récolte faite et serrée, tout ce qui sera nécessaire ou utile pour la transporter au dehors, ou pour faire de ses produits une chose nouvelle, n'y sera plus placé pour le service de l'exploitation du fonds, mais pour l'exploitation des produits eux-mêmes, et pour tirer un parti commercial du résultat de l'exploitation : il n'aura par conséquent pas, en thèse générale, la qualité immobilière, s'il n'est affixé à l'immeuble. Le fonds, objet de l'exploitation des meubles immobilisés, c'est l'immeuble lui-même. Donc, les seuls meubles susceptibles de devenir immeubles par le simple placement, sont les meubles nécessaires pour obtenir, recueillir et conserver selon l'usage les produits du fonds naturel; mais les objets mobiliers nécessaires pour répandre ces produits au dehors, ou pour en faire une chose nouvelle, demeureront meubles et appartiendront toujours à la communauté. Ils sont les instruments d'une industrie secondaire. Si du blé l'on fait farine, ce n'est plus une œuvre d'agriculture. Il en est de même si l'on convertit en conserves alimentaires les légumes qu'on a cultivés et recueillis sur son propre fonds. Ainsi l'article 524, dans sa première

partie, parle, pour l'agriculture, des objets mobiliers qui l'aident et mettent à fin son œuvre, et, pour le maître d'une usine, des ustensiles nécessaires à aider, faciliter et mettre à fin les travaux qui font l'objet de l'usine. Ces résultats obtenus, ce serait certainement aller au delà de la loi que de donner cette qualité fictive aux ustensiles et choses mobilières nécessaires soit pour transporter les produits, soit pour leur donner une nouvelle forme.

27. Pour que le meuble devienne immeuble par destination, la loi veut qu'il soit placé *par le propriétaire*. Lui seul a la puissance de convertir les meubles en immeubles. Il n'en serait pas de même du fermier ni de l'usufruitier. Celui-ci même qui, lorsqu'il construit un bâtiment, doit le laisser à l'immeuble comme amélioration, sait aussi qu'il n'est légalement censé avoir mis sur le fonds, des bestiaux, ustensiles aratoires et autres objets susceptibles d'être enlevés, que pour sa jouissance et son utilité personnelle (art. 599), et que sa jouissance cessant, ces choses demeurent meubles.

28. Remarquons à quel moment le meuble par le simple placement commence à devenir immeuble : c'est au moment même du *placement* par le *propriétaire* pour le service et l'exploitation du fonds. Dès que la chose est arrivée sur l'immeuble par la volonté du propriétaire, elle en devient partie par l'effet de sa volonté, et le propriétaire vint-il à mourir le lendemain, la chose serait immeuble. Si au contraire il avait l'intention connue d'envoyer la chose sur tel immeuble, et qu'il mourût dans l'intervalle de l'achat au placement, la chose achetée pour le service et l'exploitation de l'immeuble n'en demeurerait pas moins meuble, et serait rangée parmi les meubles dans la succession ou dans la communauté.

En effet, la loi exige énergiquement que le propriétaire ait placé ces objets sur le fonds. Pour qu'un meuble change de nature, il ne suffit pas qu'il y ait *destination* par le propriétaire ; il faut encore qu'il y ait une preuve légale de cette destination, et la loi n'en a admis qu'une seule, *le placement*. Comme on ne contracte pas avec soi-même, la destination, quoique écrite, mais non suivie d'effet, pourrait avoir été intérieurement révoquée, car notre volonté est, par sa propre nature, ambulatoire et incertaine tant qu'elle n'est pas enchaînée par un lien de droit ou légalement fixée par un testament ouvert. Voilà donc

pourquoi la loi exige pour signe d'immobilisation le placement; c'est qu'il est un signe extérieur d'une volonté exécutée.

Placées ne veut pas dire *destinées*; c'est le placement sur le fonds qui est l'unique signe extérieur et de la destination.

Quand une chose mobilière a été mise, pour le service et l'exploitation du fonds, à la place qu'elle y doit occuper, il n'y a pas de doute sur sa destination; mais quand elles n'y sont encore qu'en dépôt et n'ont nullement été appliquées à son usage agricole, je doute qu'elles soient immobilisées. Je fais préparer des échalas dans un domaine où j'ai des bois et quelques vignes, et j'ai d'autres domaines voisins que je cultive principalement en vignes. En thèse générale, tant que ces échalas seront en magasin ils conservent leur nature purement mobilière; mais si j'en fais des lots, que j'en envoie la plus grande partie à ma maison des vignes, et que, sur le domaine où ils ont été préparés, je mette en serre une quantité d'échalas suffisante pour les vignes qui y sont, l'envoi des uns à la maison des vignes, l'enserrement des autres pour les vignes de la maison que j'habite, suffiront pour les immobiliser. Il en sera de même pour ceux que j'enverrai à mon fermier.

29. L'observation générale la plus importante que nous ayons à présenter sur ce *proœmium* de l'article 524, c'est que, jusqu'au dernier paragraphe exclusivement, la loi n'exige pas qu'il y ait intention précise de *perpétuelle demeure* pour l'immobilisation par simple placement.

La loi n'emploie ces mots que dans sa dernière partie, quand elle parle de l'attache physique. Pour la première partie, néant; les mots à *perpétuelle demeure* ne s'y trouvent pas.

Remarquons bien qu'en cela le projet de la commission de l'an VIII avait devancé le projet de la section de législation. Remarquons également que la section, en conservant le premier alinéa, a répété dans le second : « Ainsi, sont immeubles » par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire » pour le service et l'exploitation du fonds, » sans ajouter plus que la première fois « à perpétuelle demeure, » et nous en tirerons cette conséquence que les législateurs n'ont pas voulu, dans cette première partie de l'article, se servir des mots « à perpétuelle demeure. »

Il faut bien qu'il en soit ainsi, car l'article 522, en parlant des animaux livrés par le propriétaire au fermier ou métayer à

cheptel, ou pour la culture, nous donne l'exemple de meubles devenus immeubles pour le temps de la convention seulement, ce qui n'est point perpétuité.

Il faut bien qu'il en soit ainsi, car les objets mobiliers, placés par le propriétaire sur son fonds pour l'exploiter, peuvent être fragiles et périssables; ce sont souvent des choses qui périssent par l'usage qu'on en fait. Comment pourrait-on dire qu'on a mis à *perpétuelle demeure* dans une ferme les semences qu'on y emploiera sur-le-champ, les pailles, fumiers et engrais qui s'emploient ordinairement dans l'année? Comment mettre à perpétuelle demeure dans un bois du gibier qu'on y laisse *in laxitate naturali*? Comment dire qu'on a mis à perpétuelle demeure du poisson dans certains étangs, qu'il est d'usage de mettre à sec quand vient le temps de les pêcher?

Le langage du législateur eût été ridicule.

Certes, je ne prétends pas dire que le législateur a entendu que le propriétaire n'avait pas l'intention de laisser la chose qu'il plaçait ainsi pendant le temps nécessaire au service et à l'exploitation de l'immeuble. Il l'a cru, puisqu'il qualifie la chose d'immeuble; et par conséquent il ordonne que le meuble ne fasse plus qu'une même chose avec l'immeuble au regard de la propriété. Mais ce n'est pas là ce que le législateur appelle *attaché à perpétuelle demeure*. Il réserve cette dénomination pour les choses attachées par un lien physique.

Donc, il ne faut pas combiner la dernière partie de l'article 524 avec les douze premiers alinéa; il faut suivre strictement la division qu'a faite le législateur entre les choses qui deviennent immeubles par le simple placement et celles qui le deviennent par attache physique ou incorporation, *res affixæ*.

30. Enfin, notre dernière observation générale est que l'énumération qui va suivre n'est que démonstrative, et que les meubles qui peuvent devenir immeubles par le simple placement sont très-nombreux. C'est ce qu'indique le mot « AINSI » de notre article, substitué au mot « SAVOIR » du troisième projet de Cambacérès.

Mais n'abusons pas de cette vérité. Soyons, au contraire, sobres dans l'extension des exemples de l'article 524; n'oublions jamais qu'il ne s'agit pas d'appauvrir la communauté ni d'augmenter le gage hypothécaire : l'extension serait une injustice. Suivons bien la marche des idées du législateur.

Autrefois, pour l'agriculture et pour les usines, comme pour les maisons, on n'admettait comme partie de la ferme, de l'usine ou de la maison, que ce qui y était physiquement incorporé ou ce qui servait nécessairement à la compléter, *ad instaurandum*. Tout ce qui était nécessaire comme agent du travail des champs, tout ce qui servait à monter la ferme, *ad instruendum*, demeurait meuble, quelque utile ou nécessaire qu'il fût à l'usage des champs.

Notre Code admet au nombre des immeubles par destination, par forme d'exemples, §§ 3, 4, 10 et 12, certaines choses nécessaires *ad instruendum prædium*. Mais il n'admet pas pour immeubles par destination le mobilier de la ferme, il n'admet pas les choses que les Latins appelaient *supellectilia*; il n'admet pas les provisions, quelque utiles qu'elles soient à l'exploitation. Une chose n'est vraiment immeuble par le simple placement sur le fonds que quand elle sert *directement à son exploitation*. Telle est la règle.

X. — Observations sur le § 3 : *Les animaux attachés à la culture*. — 31. Sens de cette partie de l'article. — 32. Sur un usage en Normandie attesté par M. Demolombe. — 33. L'erreur sur ce point vient du transport des mots *à perpétuelle demeure*, de la dernière partie de l'article à la première. — 34. Des troupeaux sont en général regardés comme moyens directs d'engrais et d'exploitation. Jurisprudence. — 35. Limitations. — 36. *Quid des chevaux de manège dans une usine*. — 37. Ce paragraphe ne fait pas double emploi avec l'article 522,

31. Le projet de la commission portait « destinés. » La rédaction définitive est plus restreinte.

Il s'agit ici d'une *attache* morale et de pure destination.

Le sens de la loi est que ces animaux n'aient pas d'autres fonctions habituelles que le service et l'exploitation du fonds. C'est ainsi que la loi du 21 avril 1810 a placé parmi les immeubles par destination les chevaux *exclusivement* attachés aux travaux intérieurs des mines. *Attachés à la culture* signifie les animaux qui, par leurs services, sont de nécessité pour faire valoir le fonds et deviennent un instrument habituel de production.

Ainsi, les chevaux d'un maître de poste, qu'il emploie au service des postes et à l'exploitation rurale d'une ferme, demeureront meubles.

Il en sera de même des chevaux dont l'emploi serait de voi-

turer aux marchés du dehors les produits de la ferme. Vendre les produits n'est pas exploiter le fonds.

Il est par trop évident que les chevaux qui servent au maître pour son usage personnel, les chevaux de chasse, ceux qui font l'objet d'un commerce ou d'un louage habituel, demeurent meubles, même quand ils serviraient quelquefois à la culture.

32. Mais une question plus importante que soulève M. Demolombe, et qui doit nous arrêter quelques instants, est celle de savoir si, quoique la loi déclare *nominativement* immeubles par destination les *animaux attachés à la culture* que le propriétaire a placés sur le fonds qu'il cultive lui-même pour le service et l'exploitation de ce fonds, on doit néanmoins exclure des immeubles par destination, en Normandie et principalement dans l'arrondissement de Caen, les chevaux de labour et les ustensiles aratoires, par la raison qu'il est d'usage général dans cette contrée que le fermier les fournisse, et que, lorsque le propriétaire cultive par lui-même, ils ne sont pas censés compris dans le bail, ni dans la vente, ni dans le legs qu'il pourrait faire du fonds.

Je pense que M. Demolombe s'est mépris, et qu'en Normandie même, s'il s'agissait de régler une communauté, on ne laisserait point la ferme conquêt de communauté dé garnie de ses chevaux de labour et de ses instruments aratoires; on ne ferait point tomber dans la communauté les chevaux de labour et les ustensiles aratoires garnissant le propre de la femme ou du mari.

Que dans le bail ou dans la vente, les circonstances particulières dans lesquelles se trouvent individuellement les parties, l'une, fermier riche ayant son attirail personnel; l'autre, acheteur ayant de nombreux bestiaux et cultivateur richement monté, portent quelquefois les juges locaux à décider, en fait et par interprétation du contrat, que les parties n'ont pas entendu comprendre ces objets dans la vente: il est alors possible que sur ce point les magistrats jugent vérité; mais qu'un Parisien, qui n'aura pas lu l'ouvrage de M. Demolombe, achète une ferme dans les environs de Caen, sans que le vendeur en exclue formellement les chevaux de labour et les ustensiles aratoires, les magistrats du tribunal et de la Cour de Caen lui adjugeront les chevaux de labour et les ustensiles aratoires; car il n'était pas

tenu de se faire instruire d'un usage contraire à l'article 524, et est censé savoir ce que contient l'article 524.

33. D'où vient l'erreur de l'illustre professeur? De ce qu'il lit toujours notre article comme s'il contenait, dans sa première partie, les mots « à perpétuelle demeure » et de ce qu'il veut que l'immobilisation fictive ne résulte que de l'intention du propriétaire et de sa volonté!... Répondons que le Code civil a donné pour signe légal de la volonté d'immobilisation chez le propriétaire le placement sur son fonds, de tout objet mobilier pour le service et l'exploitation du fonds. Une fois ces conditions accomplies par lui, sa volonté est censée connue par une présomption *juris et de jure*. Donc, c'est à lui à exclure formellement de la vente ce qu'il n'avait mis dans les lieux que pour son usage personnel.

34. Que dirons-nous des troupeaux que le propriétaire place lui-même sur son propre fonds?

Ceux qu'il a livrés au fermier ou métayer sont certainement immeubles en vertu de l'article 522. La raison elle-même le dit. Quand un propriétaire fait une dépense telle que l'achat d'un troupeau pour placer sur ses terres aux mains de son fermier, c'est pour l'amélioration des terres; puisqu'il a intérêt de les reprendre bonnes et non épuisées en fin de bail.

L'article 524 n'en parle pas; mais son silence ne veut pas dire que les troupeaux ne sont jamais immeubles hors le cas de livraison au fermier; il fait seulement entendre qu'ils ne le sont pas nécessairement.

Les troupeaux placés par le propriétaire sur le fonds qu'il cultive lui-même pourront donc être considérés comme immeubles par destination, quand il les y aura placés pour le service et l'exploitation du fonds, conformément aux §§ 1 et 2 de notre article 524.

Comment distinguera-t-on, en l'absence d'acte du propriétaire, s'il a placé sur son fonds des troupeaux pour le service et pour l'exploitation du fonds?

Partie par les besoins du fonds, partie par les circonstances du fait. La règle générale est qu'ils y sont placés pour les besoins de la culture.

Ainsi la Cour de Bourges a dit, le 24 février 1837, que les animaux dont la présence sur le sol n'avait pour objet que l'engrais des terres (S., 33, 2, 109), et la Cour de Bordeaux a jugé

le 14 décembre 1829 (S., 30, 2, 79) que les moutons, dans les Landes, étant placés par le propriétaire pour féconder les terres, ces animaux étaient un moyen d'exploitation et, par conséquent, immeubles par destination.

Il en serait de même en principe, même quand il y aurait excès. Un sieur Mesnard de Chousy avait placé sur son fonds, qu'il cultivait lui-même, un grand nombre de bestiaux, et l'avait ainsi exploité pendant onze ans. Le légataire des meubles avait fait juger au tribunal de Blois que ces bestiaux étaient surabondants, et le jugement réduisit au strict nécessaire ceux qui resteraient au légataire universel. La Cour d'Orléans, au contraire, jugea par arrêt du 16 mai 1834, que le légataire universel devait recevoir l'immeuble dans le même état qu'en usait le propriétaire; qu'en y plaçant et maintenant ainsi les bestiaux, il avait manifesté qu'il les jugeait utiles pour le service et l'exploitation du fonds, et *qu'il n'appartient pas aux tribunaux de restreindre la faculté accordée au propriétaire d'immobiliser les objets qu'il place sur un fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds*, A MOINS QU'IL N'Y EÛT DOL, et que cette immobilisation factice n'ait pour but de soustraire ces objets à l'action des créanciers¹. — Et le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté le 1^{er} avril 1835 (S., 36, 1, 35).

35. La règle commune est donc que les troupeaux sont censés immeubles chez le propriétaire. Cependant, quand les circonstances de fait démontrent que bien que, placés sur le fonds, ils n'y sont pas dans le but principal de service et d'exploitation du fonds, il faudrait décider le contraire et les considérer comme meubles.

Je m'explique : le menu bétail ne cultive pas. Il n'est attaché à la culture, et propre au service et exploitation du fonds que par l'engrais et sa qualité fécondante. Si, profitant de cette qualité, je convertis le sol en pâtures propres à mon menu bétail, dont je tire profit par la vente, et que je fasse principalement consommer par ce bétail les produits du fonds, le bétail ne se trouvera plus placé sur le fonds pour le service et l'exploitation

¹ D'après ces principes, un arrêt de Limoges a admis un créancier qui avait fait saisir-exécuter quatre vaches et deux veaux sur le fonds de son débiteur, à faire preuve que ces animaux n'étaient point nécessaires à la culture (Limoges, 15 juin 1820; S., 21, 2, 17). Le créancier soutenait que le débiteur avait bœufs suffisants pour le labour.

de ce fonds. Au contraire, le fonds ne sera que l'instrument de mon commerce de bétail ; mon bétail demeurera donc meuble. Le sol ne sera plus qu'un moyen d'exploitation de mon industrie, qui pour conserver le nom d'industrie agricole n'en sera pas moins une industrie dans laquelle la culture des terres ne remplira qu'un rôle secondaire : partant, dans le partage de ma communauté, tout ce bétail sera meuble.

Ainsi dans les pays fertiles comme la Normandie, où l'éleve des bestiaux se fait en grand, on considère comme meubles les bestiaux placés dans des herbages pour y être engraisés.

Autre exemple : Un manufacturier de drap ou autres tissus de laine emploie sa terre à élever ou multiplier une espèce particulière de moutons dont la laine est précieuse pour sa fabrique : ses moutons demeureront meubles et tomberont dans la communauté. Il en sera de même de celui qui consacrerait ses terres à l'acclimatation et à la multiplication d'animaux nouvellement introduits en France. Le but ici n'est pas la fécondation du sol.

Nous en avons donné d'autres exemples sur l'article 522, en excluant de l'immobilisation les troupeaux de porcs et de volatiles, même livrés au fermier (n° 15 à 17).

36. Le vrai principe est de ne pas étendre l'immobilisation. De là cette question : Peut-on appliquer aux travaux d'une usine ce que dit ce § 3 des animaux attachés à la culture, et l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 sur les chevaux exclusivement attachés aux travaux intérieurs des mines. On sent bien que la question ne peut pas se résoudre par la loi des mines, laquelle est spéciale, ni par le § 3 de notre article, qui parle des animaux attachés à l'agriculture : il faut donc tirer la solution de la faculté donnée à tout propriétaire de *fonds*, par les §§ 1 et 2, de placer sur le fonds des objets mobiliers pour le service et l'exploitation du fonds ; et cela nous conduit à regarder comme immeubles les chevaux de manège placés dans l'usine pour en faire mouvoir le mécanisme. Mais il ne faut pas aller plus loin : ce serait étendre la loi.

37. Une dernière réflexion sur ce § 3 (les animaux attachés à la culture) est qu'il ne fait pas double emploi avec l'article 522. Par l'article 522, l'immobilisation est temporaire et conventionnelle ; par l'article 524, § 3, l'immobilisation est indéterminée dans sa durée. Ainsi d'après l'article 522, le propriétaire, à la fin du bail, peut, quoiqu'il y ait des créanciers hy-

pothécaires, et malgré leur opposition, vendre mobilièrement les bestiaux attachés au labourage et le fonds du cheptel : au contraire, s'il avait cultivé lui-même, la vente des animaux attachés à la culture pourrait être regardée comme une détérioration volontaire du fonds hypothéqué. *V. ci-dessus, n° 12.*

XI. — Observations sur le § 4 de l'article 524 : *Les ustensiles aratoires.* —
38. Différence entre ustensiles aratoires et attirail de ferme. Instruments de jardinage.

38. Peut-être que la seule difficulté sur cet article est de distinguer ce qui est ustensiles aratoires et attirail de ferme. C'est à l'usage à faire cette distinction. Il semble qu'on doive laisser dans la classe des meubles proprement dits ou attirail de ferme, ce qui sert à la préparation des produits recueillis, et mettre dans la classe des ustensiles aratoires tout ce qui sert directement à l'agriculture, jusqu'à la récolte et enlèvement des fruits.

Dans les biens ruraux, il n'y a pas à examiner si les ustensiles aratoires placés par le maître sont trop nombreux. Dès qu'ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds, on n'a pas à les réduire au nécessaire ; il faut prendre le paragraphe tel qu'il est écrit.

J'ai dit, sur le § 3, nos 32 et 33, que les ustensiles aratoires placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds qu'il cultive lui-même sont immeubles par destination, même dans les lieux où, par un usage prétendu général et constant, les fermiers seront dans l'usage de garnir la ferme de leurs propres ustensiles aratoires.

Doit-on comprendre les instruments de jardinage dans les ustensiles aratoires ? J'ai longtemps pensé qu'il fallait répondre négativement pour les jardins de ville où le jardin n'est lui-même qu'un accessoire du tout ; car, l'agriculture, considérée dans ses rapports avec le bien de l'État, n'y est en rien intéressée. Cependant, il vaut mieux éviter des distinctions souvent trompeuses. Le jardinage est une branche de l'agriculture. Il existe des jardins auxquels on ne peut refuser les ustensiles dont ils ont besoin, tels que les jardins fruitiers et les jardins maraîchers dont l'utilité est incontestable ; donc, il vaut mieux décider que dans tous les cas les instruments de jardinage sont immeubles comme les ustensiles aratoires.

XII. — Observations sur le § 5 de l'article 524 : *Les semences données aux fermiers et colons partiaires.* — *Quid des semences préparées par le propriétaire qui cultive son fonds.*

39. Non-seulement les semences *données* aux fermiers et colons partiaires sont immeubles par destination, à cause de ce § 5 et de la convention faite avec eux lors de la livraison que leur en a faite le propriétaire pour les employer à l'immeuble, mais même les semences que le propriétaire, cultivant son fonds ou le faisant valoir par un gérant, aura mis à part dans les greniers de sa maison des champs pour les prochaines semailles : non que le § 5 de l'article 524 le dise, mais parce que la règle générale de l'article 524, § 1^{er}, suffit pour admettre cette extension.

Mais les semences qui auront été achetées pour la terre et n'y seront pas encore arrivées, eussent-elles été même envoyées à la maison de ville du propriétaire, n'en auront pas moins conservé leur qualité primitive de meubles. On ne devra pas tenir compte de la destination que le propriétaire a cherché à leur donner pour le service ou l'exploitation du fonds, parce qu'elles n'y auront pas encore été placées. Il en serait de même des semences promises aux fermiers et colons partiaires qui ne leur auraient pas encore été livrées. Les unes et les autres peuvent être saisies sur le propriétaire par un créancier chirographaire, tant qu'elles n'ont pas été placées sur le fonds qu'elles doivent féconder, ou remises au colon ; et si le propriétaire meurt dans l'intervalle de leur achat au placement, elles appartiennent à la communauté.—*Voir* n° 28.

XIII. — Observations sur les §§ 6, 7, 8 et 9 : *Les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les ruches à miel, les poissons des étangs.* —
40. Ce n'est pas une troisième classe de meubles immobilisés, comme l'enseigne M. Demolombe.

40. Je ne répéterai pas ici ce qu'ont dit tous les auteurs sur la nature mobilière des poissons de viviers, lapins de clapiers et pigeons de volière. Je ne répéterai pas non plus ce que Pothier a dit sur les animaux vivant *in laxitate naturali*.

Mon intention principale est de faire remarquer seulement qu'il est inutile de créer ici une troisième cause d'immobilisation, comme l'a fait M. Demolombe, n° 275, par une accession

plutôt nécessaire et naturelle que volontaire et intentionnelle.

Ce savant professeur divise les immeubles par destination en trois classes : les meubles qui deviennent immeubles par attache ou accession physique (art. 523, et § 13 de 524); ceux qui deviennent immeubles pour cause d'affectation de la chose au service et à l'exploitation du fonds, ce qui produit une sorte d'accession morale à l'immeuble (art. 522, et les alinéas 1, 2, 3, 4, 5, 10, 11 et 12 de notre art. 524); enfin ceux qui deviennent immeubles par une accession plus nécessaire et naturelle que volontaire et intentionnelle (§§ 6 à 9 de 524).

Cette division a-t-elle des dangers? Je l'ignore; mais j'ai coutume d'en voir quand on ne s'en tient pas à la simplicité de la loi. C'est toujours beaucoup plus tard, et quand les difficultés s'élèvent, que les divisions faites en dehors de la loi produisent leurs fâcheuses influences, et alors on regrette les conséquences inattendues d'une doctrine qui s'est doucement infiltrée dans les esprits, y a fermenté et qui produit enfin ses fruits. D'ailleurs la loi a placé les §§ 6 à 9 en les subordonnant aux §§ 1 et 2 du même article 524, qui déclarent pour ces quatre paragraphes, comme pour les autres, que les choses qu'ils dénomment sont au nombre de celles qui deviennent meubles par le simple placement qu'en fait le propriétaire sur son fonds, pour le service et l'exploitation du fonds. La loi a-t-elle eu ses raisons pour regarder les abeilles enfermées dans des ruches, les pigeons habitant des colombiers, les lapins et le gibier des parcs et des bois, et les poissons des étangs, comme placés dans ces lieux par le propriétaire lui-même? Je le crois. Il suffit qu'elle ait pu considérer ces animaux comme placés dans les lieux par un précédent propriétaire.

L'homme qui a fait des travaux pour retirer sur son sol des animaux vivant *in naturali laxitate*, annexe ces animaux à son sol, et les immobilise par une conséquence de l'accession à titre de propriétaire que lui confère l'article 564 du Code Napoléon. Les pigeons d'un colombier ont été pour la première fois placés dans cet édifice par l'un des précédents propriétaires; les étangs ont été empoisonnés par l'un d'eux; les garennes et les parcs ont généralement été peuplés aux frais de leurs anciens maîtres, quelquefois aux frais du nouveau. Que le nouveau maître ait retenu par ses soins les pigeons, le gibier et les poissons qui s'y trouvent dans le principe, il n'a fait que continuer

la jouissance du précédent propriétaire. Qu'il ait amené au colombier, à l'étang, à la garenne ou au parc, des pigeons, des poissons ou du gibier à ses frais, et les y ait retenus par son industrie; dans ce cas, il les aura lui-même placés. C'est donc toujours par la volonté et par le placement effectif, qu'en a fait le propriétaire ancien ou nouveau, que ces animaux garnissent le fonds; et le Code les a bien classés comme meubles devenus immeubles par le simple placement dans les lieux. Donc la division des meubles immobilisés des articles 522, 523, 524 et 525, en trois diverses classes d'accession, n'est pas conforme à la loi, qui n'en a fait que deux classes; l'une par le simple placement, et l'autre par l'affixion ou incorporation.

XIV. — Observations sur le § 9 : *Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes.* — 41. Il ne s'agit ici que de pressoirs mobiles et non scellés. — 42. Les cuves, tonnes, chaudières et alambics d'une distillerie industrielle sont meubles.

41. Ce paragraphe est une des causes qui nuisent à l'intelligence de notre article et qui en font confondre la première avec la seconde partie.

De ce que plusieurs de ces objets sont ordinairement scellés dans l'immeuble; de ce que quelques-uns sont si grands qu'il a fallu les établir sur place, et qu'on ne pourrait pas les retirer de l'emplacement qu'ils occupent sans les désassembler, les lecteurs en ont trop souvent induit que la première partie de l'article 524 s'occupait non-seulement de ce que le propriétaire plaçait sur le fonds pour le service et l'exploitation du fonds, mais aussi des pressoirs, chaudières, etc., qui seraient scellés dans le bâtiment.

En nous hâtant de dire que les pressoirs, chaudières, cuves et tonnes que le propriétaire a scellés dans le bâtiment sont immeubles par destination, nous ajoutons qu'ils le deviennent, non en vertu de notre § 9 de l'article 524, mais par l'effet du § 13 et dernier dudit article et du commencement de l'article 525; et que, dans le § 9, il ne s'agit que de pressoirs mobiles.

Ce qui prouve qu'il ne s'agit pas ici de pressoirs, chaudières, etc., affixés à l'immeuble par attache et scellement, c'est la construction même de notre article, qui, jusqu'à présent et jusqu'au § 12, ne parle que de choses non scellées ni attachées physiquement; or, on ne peut pas prêter aux rédacteurs

du Code la ridicule inattention d'avoir mêlé les choses mobiles avec les choses affixées.

C'est encore que, sous l'ancien droit, on ne regardait comme immeubles que les pressoirs, cuves et autres objets du même genre, qui étaient attachés à l'immeuble, et qu'il n'était pas facile d'en détacher, ou qu'en n'en pouvait sortir qu'en les désassemblant. — V., sur ce point, Pothier, *Communauté*, n° 49, où il dit, en parlant des pressoirs infixés aux bâtiments et présumés en faire partie : « Cela ne doit s'entendre que des grands » pressoirs à arbre ou à roue. On a depuis inventé de petits » pressoirs à auge qui peuvent facilement être transportés d'un » lieu à un autre ; ces petits pressoirs *sont choses meubles*. » Puis, plus loin, sur les cuves dont on se servait dans les maisons de vignes qui n'étaient pas enfoncées en terre et pouvaient par conséquent se déplacer, Pothier ajoutait : « Il ne peut être » douteux que ces cuves *sont de purs meubles* et ne sont pas » censés faire partie du lieu où elles se trouvent. »

Or, si les pressoirs scellés dans le bâtiment et les grands foudres enfoncés en terre et maçonnés dans les celliers étaient *seuls* immeubles sous l'ancien droit : *Dolia, molæ olivariæ, prælum et quæcumque infixa sunt inædificataque sunt, fundi sunt* (L. 21, ff., *De instrum leg.*), notre paragraphe placé dans la première partie de l'article 524, qui ne parle pas encore d'affixion ni de scellement, parle donc nécessairement des *seuls* pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes *mobiles*, que l'ancien droit laissait dans la classe des meubles.

La raison en est claire. On voulait favoriser l'agriculture en ne la dépouillant pas d'adminicules dont elle se trouvait privée par le droit précédent. Donc, on n'a eu en vue ici que les objets mobiles. Tous ceux qui étaient attachés physiquement, et que notre fragment d'article n'a point en vue, étaient compris plus loin sous les mots « attachés au fonds à perpétuelle demeure » et sous les développements qui suivent ces mots.

42. On vient de dire que par ces mots : pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, qui ne se rapportent à ces objets que quand ils sont mobiles, c'était principalement l'agriculture que le législateur a voulu favoriser.

Un incident de la séance du Conseil d'État du 20 vendémiaire an XII, concourt à le prouver. M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely demanda que la rédaction de cet article fit sentir que sa dispo-

sition ne s'étend pas aux chaudières et aux alambics employés par les distillateurs, et M. Treilhard répondit : « La section n'a » entendu appliquer l'article qu'aux chaudières et aux alambics » qui servent à l'exploitation *des fonds ruraux*.

Et cependant M. Demolombe nous enseigne : 1° (n° 257) qu'une *distillerie* est une usine, et 2° (n° 261) que les *cuves* et *tonnes* qui se trouvent dans une *distillerie*, et par conséquent (quoiqu'il ne le dise pas) que les *chaudières* et les *alambics* y sont immeubles.

S'il s'agissait dans ces deux passages d'objets *affixés* au sol ou au bâtiment par le propriétaire, on n'en devrait faire aucune difficulté sans distinction de la profession (524, § 13; 525, § 1^{er}).

Mais il s'agit ici des *cuves*, *tonnes*, *chaudières* et *alambics mobiles*.

Or, si une distillerie est une *usine*, j'adopte l'avis de M. Demolombe, non à cause de notre § 10, mais à cause du § 11, qui déclare immeubles par destination LES *USTENSILES* de l'usine placés sur le fonds par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds.

Mais si une distillerie n'est point une usine, si elle n'est qu'une fabrique, atelier ou manufacture, on verra sous le paragraphe suivant que la décision doit être rejetée.

Je crois d'ailleurs, puisque tous les paragraphes qui précèdent ont plus rapport aux fonds de terre qu'aux usines, et puisque le rapporteur de la section l'a dit au Conseil d'État, que le paragraphe que nous examinons n'a été écrit que pour l'exploitation des fonds de terre. Je le crois d'autant plus que le mot *ustensiles* du paragraphe suivant pourvoit si largement aux besoins des usines, qu'il n'est pas besoin pour elles d'aller chercher ailleurs que dans ce § 11 des secours pour immobiliser des meubles. D'ailleurs, il me semble un peu hardi de supposer qu'un conseiller d'État, rapporteur d'une loi, se soit trompé sur le sens que la section de législation attachait au § 10, en présence du Conseil d'État assemblé, sans qu'aucune réclamation se soit élevée.

COIN-DELISLE.

(*La fin au prochain cahier.*)

ÉTUDE SUR LA RÈGLE *NON BIS IN IDEM*.

PAR M. GIRARD DE VASSON, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

« L'accusé acquitté en Cour d'assises sur une accusation de » *crime*, peut-il être repris, à raison du même *fait*, en police » correctionnelle, sous prévention de *délit*? »

Il y a bien longtemps, je crois, qu'on l'a dit : « La justice et » l'administration sont *deux voisines mal bornées*. »

Cette vérité regrettable que des lois mieux faites doivent, du moins, tendre de jour en jour à effacer de nos Codes, semble aussi ne rester que trop applicable encore aux deux branches qui constituent la justice elle-même, le *civil* et le *criminel*.

Quelles sont les limites de l'une et de l'autre? Ne se touchent-elles pas, ne se pénètrent-elles pas sans cesse? Quelle est l'influence qu'elles exercent réciproquement?

Grandes et difficiles questions, source de controverses qui durent encore et qui divisent les plus savants de nos jurisconsultes, et jettent dans la jurisprudence une incertitude et une confusion dont s'affligent tous les bons esprits!

On sait quelle argumentation l'article 1351 du Code Napoléon a fournie à Toullier pour nier, en termes absolus, l'influence du criminel sur le civil. Il faut en convenir : retranché sur ce terrain spécial du droit civil pur, M. Toullier était bien fort! Le texte comme l'esprit de l'article 1351 étaient pour lui et résistaient ouvertement aux objections que lui opposait M. Merlin, armé de toutes les ressources de sa dialectique, toujours si féconde, mais en cette circonstance, on peut le dire, peu heureuse peut-être dans le choix de son champ de bataille¹.

Pour triompher de l'argumentation de Toullier, si puissante qu'elle a séduit l'un de nos plus habiles criminalistes, M. Faustin Hélie, il a fallu que la question se plaçât enfin dans une région plus haute que celle dans laquelle l'avait toujours confinée M. Toullier. C'est ce qu'ont fait Mangin, Zachariæ, Dalloz et Marcadé².

¹ V. Merlin, *Répertoire*, v° *Chose jugée*, § 15, et v° *Non bis in idem*, n° 15 et 16; — *Questions de droit*, v° *Faux*, § 6. — Toullier, t. VIII, n° 30 et suiv., et t. X, n° 240 et suiv.

² V. Mangin, t. II, n° 421 et suiv. — Zachariæ, t. V, p. 793. — Dalloz, XII.

Ils ont compris que le véritable fondement de l'influence du criminel sur le civil devait être recherché en dehors du droit civil et de l'article 1351 ; et, sans aller à cet égard jusqu'à l'opinion que M. le procureur général Mourre n'avait pu faire prévaloir, devant la Cour de Cassation, qu'en forçant peut-être un peu celle de M. Merlin lui-même, sans admettre non plus, avec ce dernier, ce qui, en vérité, n'était pas soutenable dans ces termes, « que la partie civile, dans ses intérêts *privés*, était » représentée au criminel par le ministère public, » ils ont reconnu que l'article 1351 ne contient qu'une vérité de pur *droit civil*, suffisante, il est vrai, pour régir deux décisions émanant de juridictions du *même ordre*, mais impuissante à régler les *rappports nécessaires* du civil au criminel.

Ils ont senti que cette influence du criminel sur le civil n'est rien moins, en effet, qu'une *nécessité sociale* dont toute civilisation doit tenir compte, et qui domine les principes du droit civil lui-même.

Il y a, dans toute société policée, des vérités que nul n'a le droit de méconnaître, parce qu'elles entrent, en quelque sorte, dans le domaine public, et qu'elles doivent régner sur l'opinion en vertu de leur souveraineté même. Au premier rang de ces vérités qui s'imposent à tous, est la vérité judiciaire qui constate un crime ou un délit en même temps que son châtement public.

Permettre, même aux intérêts civils restés étrangers aux débats de ce jugement, de mettre en question cette vérité une fois proclamée dans les formes et avec les solennités voulues, ce serait permettre de nier la société elle-même, sa puissance et son droit.

C'est dans ce sens seulement, mais dans ce sens général, qu'on a pu dire que le ministère public « représente tout le » monde, » mais non dans le sens spécial de l'article 1351, car il est par trop clair que l'action du ministère public a un tout autre *objet* qu'une action privée en indemnités pécuniaires.

Si M. Toullier avait eu tort d'abuser, ainsi qu'il l'a fait, de l'article 1351 contre un droit social si évident, il faut reconnaître que jusqu'à ce que M. Mangin eût élevé la question en la

v° *Chose jugée*, p. 617 et suiv. — Marcadé, t. V, sous l'article 1351, n° 15 et 16.

traitant à un point de vue plus large, on n'avait combattu la doctrine de M. Toullier que par d'assez faibles raisons, et qu'il était temps de faire sortir cette controverse du cercle étroit où le professeur de Rennes l'avait jusqu'alors tenue renfermée avec tant d'avantage.

C'est ainsi qu'on ne parvient souvent à résoudre les questions graves qu'en cherchant leur solution dans les sphères élevées où elles se trouvent en effet.

Il ne nous appartient pas de suivre, dans leurs savants développements, les nouveaux défenseurs de cette thèse, aujourd'hui généralement acceptée par la doctrine comme par la jurisprudence. Qu'il nous suffise de constater qu'aujourd'hui on ne conteste guère plus l'influence du criminel sur le civil, pas plus que l'influence, non moins nécessaire, mais naturellement plus restreinte du civil sur le criminel, du moins dans les questions d'État (art. 327 C. Nap.) ou de propriété (art. 182 C. for.), etc.

A cet égard, il y a bien peu à ajouter aux dissertations de M. Mangin, de M. Dalloz et de M. Marcadé. Si, en une matière aussi ardue, les déductions de ces jurisconsultes semblent parfois un peu subtiles, ou, du moins, exigent une attention très-étendue pour être bien saisies, il faut convenir que le travail d'esprit que produit cette lecture trouve à la fatigue qu'elle peut faire éprouver une ample compensation dans les lumières qui jaillissent de cette étude. Elle laisse dans l'intelligence des convictions qui ne peuvent plus s'effacer.

La *Revue de législation et de jurisprudence* a donc rendu un véritable service à la science, en publiant¹ un fort beau travail de M. Lagrange², qui complète, à notre avis, la démonstration qui avait été déjà poussée si loin par les jurisconsultes ci-dessus cités.

M. Lagrange, s'emparant d'une distinction qui se trouve en germe dans la dissertation de ces auteurs, et notamment dans Dalloz, entre le cas de *condamnation* et celui d'*acquiescement* devant les jurés, développe avec beaucoup de force cette vérité, que, dans l'état de notre législation devant les Cours d'assises, il n'y a point une assimilation exacte à faire entre l'influence

¹ T. VIII, p. 31 et suiv.

² Aujourd'hui président du tribunal civil de Lyon.

d'un verdict de condamnation et celle d'un verdict d'acquiescement. Le premier a une portée qui manque naturellement au second. Par la condamnation, la vérité judiciaire est complètement acquise, car évidemment, et de toute nécessité, cette condamnation porte à la fois : 1° et sur l'existence du fait, 2° et sur son imputabilité à l'agent, 3° et sur l'intention qui a présidé à sa perpétration. La condamnation ne peut laisser aucun doute sur aucun des éléments de cette triple vérité ; car si un seul des trois eût manqué, la condamnation n'eût pas été possible.

Il n'en est pas ainsi d'un simple verdict d'acquiescement par un jury, puisque, pour le déterminer, il a pu *suffire* de l'absence d'un seul de ces trois éléments. La négation sur la culpabilité de l'accusé, par exemple, n'entraîne l'affirmation ni sur la non-existence même du fait, ni sur la non-imputabilité de ce fait à l'agent. La vérité judiciaire qui résulte d'un verdict d'acquiescement ne peut donc avoir pour effet, comme celle qui ressort d'une condamnation, de préjuger la question de dommages-intérêts. Elle ne saurait constituer, au profit de l'accusé acquitté, une immunité capable de le couvrir contre l'action de la partie civile.

En réalité, l'accusé acquitté en Cour d'assises n'a purgé que l'action publique. Il reste donc exposé à l'action privée en responsabilité d'un fait dont il peut ultérieurement être reconnu l'auteur, et l'auteur légalement responsable, bien qu'il en eût été déjà irrévocablement déclaré non coupable.

La raison adhère sans efforts à cette doctrine qui s'harmonise parfaitement avec tout le système de notre droit criminel, et qui se justifie d'ailleurs par les textes de nos Codes (art. 29-34-42 C. pén., 3-463 C. d'instr. crim.). Tous ces textes impliquent, virtuellement mais nécessairement, l'influence de la condamnation criminelle sur le civil.

L'article 366 du Code d'instruction criminelle fait plus : non-seulement il ouvre, à la suite d'une condamnation, une action en dommages-intérêts à la partie civile, mais encore il lui ouvre parallèlement au droit de l'accusé lui-même, après son acquiescement, contre la partie civile, cette même action en dommages-intérêts contre cet accusé acquitté. C'est dire assez que l'acquiescement prononcé n'a purgé que l'action publique, et laisse entière l'action privée sur la responsabilité qui peut

être encourue. Le simple bon sens, en effet, dit que le verdict d'acquiescement du jury, qui répondait à une question *complexe*, a laissé indécise, non pas sans doute l'innocence de l'accusé, qui est reconnue définitivement, mais la question de sa responsabilité pécuniaire.

S'il n'en est pas toujours ainsi au *petit criminel*, si les simples jugements correctionnels qui acquittent peuvent avoir une portée qui manque nécessairement aux ordonnances d'acquiescement rendues à la suite des verdicts négatifs des jurés, c'est uniquement parce que ces dernières décisions ne sont pas et ne peuvent pas être *motivées*, et qu'au contraire les sentences correctionnelles le sont toujours. Ces jugements, quand ils acquittent, peuvent dès lors, dans leurs motifs, mettre irrévocablement hors de question la non-existence même ou la non-imputabilité du fait à l'agent, et ôter ainsi toute base à l'action civile qui s'éteint forcément alors avec l'action publique elle-même.

C'est ainsi que dans l'affaire *Quertier*¹ la Cour de cassation a été à même de décider qu'après le jugement et l'arrêt qui avaient reconnu Quertier, non-seulement pur de tout *délit*, mais exempt de toute *faute*, toute action en dommages-intérêts était fermée à la partie qui se prétendait lésée. Or, dit avec raison M. Lagrange, si on a pu juger ainsi, ce n'est pas parce que la partie civile devait se considérer comme ayant été représentée en police correctionnelle par le ministère public, — ce qui n'est point vrai, — mais bien parce que la vérité judiciaire, qui avait été proclamée par les magistrats correctionnels, était une vérité sociale ayant autorité pour *tous*, même pour la partie civile restée étrangère à ces débats correctionnels. Cette vérité judiciaire devait protéger contre toute action à fins pécuniaires le prévenu acquitté par des motifs tellement péremptoires que la décision rendue avait éteint toute action en lui enlevant toute base possible.

C'est à ce titre seulement que l'arrêt de cassation du 7 mars 1855 est à l'abri de toute critique, car nous ne pouvons que nous joindre à M. Lagrange dans celles qu'il adresse à quelques-uns des *motifs* qu'on est, en effet, surpris de lire dans cet arrêt, au fond, si bien rendu.

¹ Cass. 7 mars 1855.

De même que M. Lagrange, nous ne saurions admettre, par exemple, en des termes aussi absolus que le fait la Cour de cassation, l'influence du criminel sur le civil, c'est-à-dire, en cas même d'acquiescement par le jury comme en cas de condamnation. Nulle part, ni dans les textes, ni surtout dans l'esprit de nos lois, nous ne voyons cette *réciprocité* que la Cour de cassation voit entre les cas d'acquiescement en Cour d'assises et les cas de condamnation. C'est avec raison, suivant nous, que M. Lagrange repousse cette assimilation qui n'est point exacte, en effet. Il y a, dans cette prétendue réciprocité, que la Cour de cassation qualifie de *juste* et de *nécessaire*, — qu'on nous permette de le dire, — une de ces antithèses de langage, miroitantes et trompeuses, qui peuvent faire illusion au premier aspect, parce qu'elles ont un faux air de logique comme tous les rapprochements d'idées, mais qui ne résistent pas à un examen attentif, et dont la raison ne doit pas être dupe. En y réfléchissant avec soin, on voit que cette réciprocité alléguée n'est qu'une pure fiction démentie, à chaque pas, par tous les textes de nos Codes, en même temps qu'elle est repoussée par la nature même des choses. On le répète : si la condamnation en Cour d'assises, aussi bien qu'en police correctionnelle, emporte, même au profit de la partie civile restée étrangère aux débats, vérité judiciaire irréfragable, c'est parce que cette condamnation, même non motivée en termes exprès, est une vérité sociale qui repose sur la constatation, régulière et solennelle, du fait qui lui a servi de base, c'est qu'elle est la consécration, authentique et irrécusable tout à la fois, 1° de l'existence de ce fait, 2° de son imputabilité à l'agent, et 3° de la culpabilité de ce dernier.

L'acquiescement, au contraire, ne prouve qu'une chose quand il intervient à la suite du verdict du jury, c'est que l'accusé n'a pas été convaincu de *culpabilité*. Mais cet acquiescement prouve-t-il 1° que ce fait n'existait pas, 2° que l'accusé n'en fût pas l'auteur, 3° et qu'en étant l'auteur il n'ait pas, en le perpétrant, commis au moins une *faute* plus ou moins dommageable ? Nullement ; il ne prouve aucune de ces trois choses. Il est donc tout naturel qu'en présence d'une telle réponse les droits de la partie civile restent entiers. L'intérêt social ne fait point obstacle à ce que celle-ci fasse valoir ses droits devant la justice civile. Il n'y aura là ni contrariété de jugements, ni atteinte à la chose jugée, ni violation de la règle *non bis in idem*.

Mais, — et c'est ici que nous arrivons à l'objet spécial de cette étude, — nous ne voudrions pas qu'on pût faire abus de cet excellent travail de M. Lagrange et des doctrines qu'il a, suivant nous, fortifiées en leur donnant de si heureux développements. Ainsi, nous ne voudrions pas que de cette interprétation, à notre avis très-judicieuse, donnée par M. Lagrange et par la majorité des auteurs modernes, des verdicts d'acquiescement en Cour d'assises et de leur portée restreinte, on se fit un argument pour légitimer les *doubles* poursuites exercées successivement par le ministère public lui-même, à raison du *même fait* devant des juridictions différentes.

Nous nous expliquons. C'est une pratique, aujourd'hui généralement en crédit dans les parquets, « qu'un acquiescement en » Cour d'assises pour un crime, pour meurtre ou infanticide, » ne fait point obstacle à une poursuite ultérieure en police correctionnelle, pour délit d'homicide par imprudence, par » exemple. »

Pour échapper au reproche de violer, dans ce cas, la règle *non bis in idem*, écrite en termes si clairs, à tous les yeux, dans l'article 360 du Code d'instruction criminelle, on ne manque pas de dire « que la poursuite au petit criminel n'a » point pour base le *même fait* que l'accusation criminelle a » déjà vidé devant le jury. On allègue que par ce mot *fait* l'article 360 du Code d'instruction criminelle n'entend que ce » qu'on appelle le *fait justifié*, c'est-à-dire l'*accusation*, le fait » tel qu'il est formulé par celle-ci, et non pas le fait *naturel*, » perpétré par l'agent, le fait dans sa *substance* seule, le fait » matériel tel qu'il a été *consommé*. On en conclut que devant » les jurés il n'y a eu de *jugé* que le fait tel qu'il avait été *formulé* par l'accusation ; que, dès lors, ce fait ainsi caractérisé » reste seul sous la protection de la *chose jugée*, après un acquiescement qui laisse intact le *fait générateur*, le fait qui peut » devenir le principe d'une autre poursuite d'office devant une » autre juridiction. »

C'est bien là, ce nous semble, l'argumentation qui est produite. Nous ne voudrions pas l'affaiblir.

Eh bien! nous l'agouérons : cette doctrine n'a jamais réussi à rallier nos convictions. Elle répugne à notre raison. Elle ne repose, à notre avis, que sur une pure confusion de mots et de principes que n'ont point élucidés les nombreux arrêts dont

nous ne méconnaissions point l'autorité, mais qui, ce nous semble, se répètent plus qu'ils ne s'éclairent les uns les autres. A nos yeux, cette jurisprudence a le triple tort : 1° de violer l'humanité, la générosité, la dignité de nos lois qui ne veulent pas qu'un accusé paye deux fois sa dette envers la société ; 2° elle est en opposition avec tout notre système criminel ; 3° elle fait une application fautive des règles du droit civil.

C'est cette triple vérité que nous voudrions pouvoir démontrer avec clarté, et c'est là l'unique objet de ce travail.

§ 1.

Et d'abord cette pratique « viole directement, suivant nous, » la règle *non bis in idem* et l'article 360 du Code d'instruction » criminelle. »

Est-il besoin de le démontrer quand le texte de cet article le dit si clairement pour quiconque veut le lire sans parti pris à l'avance ?

N'est-ce pas une vérité, aussi sainte que la justice elle-même, que nul ne peut avoir à rendre compte deux fois à la société du même *méfait* ? C'est ce que dit l'article 360. Rien de plus, rien de moins.

C'est là une conquête du christianisme, qui met le pardon à la hauteur de la justice elle-même, parce qu'il suppose que dans une société chrétienne l'expiation par la conscience même équivaut au châtement prononcé par le juge. Avant tout, la société chrétienne répugne à une justice qui ressemblerait à une persécution. Elle ne veut donc pas que le coupable lui-même paye sa dette à la société plus d'une fois. *Non bis in idem*.

Eh bien ! je le demande de bonne foi. Poursuivre *successivement* devant deux juridictions répressives de divers degrés la *même* personne, la fille-mère, par exemple, à l'occasion d'un *même* accouchement, devant les jurés d'abord, pour infanticide de son enfant, puis devant les juges correctionnels, pour homicide, par imprudence, de ce *même* enfant, n'est-ce pas, aux yeux de la droite raison, *repren*dre une accusation déjà *purgée*, pour en *extraire* une condamnation correctionnelle ? N'est-ce pas violer manifestement à son égard l'article 360 et la règle d'humanité *non bis in idem* ?

Je voudrais, pour que ce mode de procéder pût être apprécié

à sa juste valeur, qu'on voulût bien d'abord se dégager l'esprit de toute arrière-pensée, qui, je le crains, pourrait altérer le jugement sur cette question. Je voudrais, par exemple, qu'on écartât des éléments de cette appréciation toute opinion préconçue sur la valeur intrinsèque de nos institutions judiciaires actuelles. Si le jury ne fonctionne pas, au gré de tous, avec assez de fermeté, si on le croit impuissant à la répression, que la loi intervienne pour le fortifier, l'épurer, ou le supprimer même. Elle en a rigoureusement le droit. Ce que nous en disons là, d'ailleurs, n'est ni un vœu ni un regret sans doute. Nous prétendons seulement que, dans une question qui intéresse si éminemment l'humanité, la générosité, la dignité de nos lois, les parquets ne sauraient placer, sous la protection d'un préjugé plus ou moins légitime qui leur inspirerait une secrète et instinctive défiance envers l'institution du jury, une pratique qui serait, suivant nous, condamnée par les vérités du droit.

§ 2.

Ceci dit, nous rentrons dans le domaine du droit criminel strict, et nous disons comme seconde proposition que « notre » législation actuelle, dans ses textes comme dans son esprit, » interdit au ministère public une poursuite correctionnelle » après un acquittement en Cour d'assises. » •

Sur ce point l'article 360 du Code d'instruction criminelle n'est ni moins net ni moins énergique, dans ses termes, que le Code du 3 brumaire an IV, article 426, et celui des 16-29 septembre 1791, article 3. Comme eux, il défend expressément de *reprandre*, à raison du même *fait*, l'accusé régulièrement *acquitté*.

Sur quoi s'appuie-t-on, néanmoins, pour justifier cette seconde poursuite?

Sur cet unique argument, ou plutôt, sur cette *proposition* si souvent reproduite par les arrêts sans qu'aucun d'eux ait réussi, ce nous semble, à lui donner une preuve acceptable, ni même une couleur nouvelle, et qui consiste à dire que « le fait sur » lequel a statué le jury n'est point identiquement le même » *fait* que celui qui est ultérieurement déféré aux juges correctionnels, ce qui écarte, dit-on, l'application de l'article 360. »

Décomposons cette proposition dans chacun de ces éléments, et voyons si elle résiste à un examen attentif.

Et d'abord, pour nous rendre un compte exact des *choses*, attachons-nous au sens naturel et normal des *mots*. En matière si délicate, le mot propre a ses droits et sa puissance qu'on ne peut pas dédaigner. La loi, et la loi pénale surtout, n'est la règle de tous qu'à la condition de parler un langage que tous puissent comprendre. Son premier devoir est d'être claire; car, si elle ne l'était pas, elle ne serait qu'un piège. Or, la première condition de la clarté, c'est de n'employer les mots que dans leur sens propre, dans le sens usuel accepté par tous. Il n'est pas permis au législateur de parler une autre langue que le public auquel il s'adresse.

Les mots qu'il emploie doivent donc être pris toujours dans leur sens direct, connu, usité par tous, accessible à toutes les intelligences, consacré par toutes les habitudes.

Il n'est pas permis de supposer que sous un mot qui, en lui-même, dans son sens propre et naturel, ne correspond qu'à une idée simple et nette, il eût voulu cacher une idée complexe qui exigera un effort quelconque de l'attention pour être comprise.

Eh bien! — on a presque honte de le dire, — dans le langage usuel, dans son acception propre et naturelle, pour toute intelligence, enfin, qui entend notre belle et bonne et chère langue française, que veut dire ce mot *fait* qui se lit dans l'article 360?

Le bon sens répond, ce nous semble, par la traduction naïve et mot à mot: *Le fait* c'est « *id quod factum fuit*, » c'est tout simplement « ce qui a été *fait*. » C'est l'acte générateur qui devient un crime ou un délit, suivant que cet acte perpétré est envisagé sous un aspect criminel ou à un point de vue correctionnel seulement.

Dans un *infanticide*, le *fait* c'est l'enfant qui est mort, ou par le crime ou par l'imprudence de sa mère. Dans le premier cas, ce fait se formule en une *accusation* criminelle; dans le second, en une *prévention* correctionnelle.

La vindicte publique a le choix. C'est à elle à apprécier et à ne s'engager qu'à bon escient dans l'une ou l'autre de ces deux voies.

Mais est-ce que l'essence même, la *substance* de ce *fait* peut dépendre de ce choix que feront les agents de la poursuite?

Ce serait confondre le *fait* en lui-même, l'acte qui est le principe et la base de la poursuite, avec l'*incrimination* qui

peut lui être donnée, ce serait confondre le *fait* avec ses conséquences légales. Autre chose est l'acte consommé, autre chose est la *qualification* que cet acte peut recevoir de la loi. La *formule* de l'accusation n'est que l'enveloppe ; le *vétement* que la poursuite donne au fait ; elle n'est pas ce fait lui-même. L'article 360 ne dit pas que l'accusé ne pourra pas être « exposé * deux fois à répondre à la même *accusation*. » Il dit « qu'il ne » pourra être poursuivi deux fois à raison du *même fait*. » C'est donc dans ce dernier sens seulement que la loi le protège. Entendu dans le sens contraire, l'article 360 n'est plus qu'une lettre morte ; il ne protège personne.

Il ne parle pas la langue de tout le monde.

Le sens détourné, indirect, qu'on veut donner au mot *fait*, n'aboutit donc qu'à une vaine subtilité, désavouée, si nous ne nous abusons pas, par la langue même de l'école qui ne confond point le *fait*, source de la poursuite, avec l'incrimination dont ce fait peut être susceptible. Restituons donc à ce mot son sens *vrai* et simple, vulgaire, si l'on veut, mais saisissable et compris par tous.

Et qu'on ne dise pas que cette entente que nous donnons ici du mot *fait*, inséré dans l'article 360, est *neuve* et insolite ; car ce mot est employé, dans le sens que nous indiquons, dans de nombreux articles du Code d'instruction criminelle. On peut citer les articles 128, 129, 159, 160, 191, 192, 193, 231, 241, 246, 361, 364, 365.

Dans tous ces articles évidemment, le *fait* est bien pris pour l'acte même qui a été *perpétré*, l'acte *matériel*, et non pour la qualification de cet acte.

Cela est manifeste surtout dans l'article 241, qui, faisant une obligation au procureur général de dresser un acte d'accusation, distingué avec soin, dans ses numéros 1 et 2, l'acte à poursuivre, l'acte *matériel*, du caractère légal qu'il peut revêtir, de la *qualification* qui lui convient, puisqu'il oblige le rédacteur de l'acte d'accusation à en faire, en termes exprès, la distinction.

L'article 365 fait aussi une distinction non moins nette entre l'acte *matériel* et l'*incrimination* elle-même, puisque cet article suppose que ce fait peut, dans le cours des débats, perdre le caractère qui avait d'abord déterminé la compétence de la Cour, et revêtir une qualification nouvelle.

L'article 246, conçu dans des termes analogues à ceux de

l'article 360, ne fournit pas un argument moins concluant que les articles déjà cités contre l'opinion qui fait revivre devant les juges correctionnels, un fait déjà jugé par les jurés.

Dans la pensée de cet article, l'*acte* qui a consommé le crime est *un*. Cet article ne permet pas plus que ne doit le permettre l'article 360, de confondre cet *acte* avec la *qualification* dont il peut être l'objet.

La Cour de cassation, par sa jurisprudence constante sur l'article 246 (V. notamment arrêts des 14 mai 1840 et 11 mars 1848), a donné à cet article une interprétation qui contraste étrangement avec sa jurisprudence sur l'article 360; mais on sait que cette dernière jurisprudence ne s'est pas établie sans résistance, ainsi que l'attestent assez et les nombreux arrêts des Cours qui lui ont été déférés, et les conclusions, en audience solennelle, d'un de ses plus éminents procureurs généraux, M. Dupin, qui a si rigoureusement combattu sur ce point l'opinion de M. Merlin, et donné un appui si précieux à celle que nous osons émettre.

De tout cela nous nous croyons donc autorisé à conclure que, quand l'auteur présumé d'un crime est traduit en Cour d'assises, ce qui est à *juger*, c'est le *fait*, l'*acte* qui a été perpétré, *id quod factum est*, et qui doit être puni à titre de crime ou à titre de délit, suivant les caractères que lui attribuent les débats.

Il est si vrai que notre Code l'a entendu ainsi qu'il n'a point laissé la vindicte publique désarmée devant la Cour d'assises, pour le cas où le fait qui avait d'abord revêtu l'aspect d'un crime viendrait, dans le cours des débats de l'audience, à perdre ces proportions pour dégénérer en un simple délit.

L'article 338 investit, dans ce cas, le président des assises d'un pouvoir qui se lie à cette pensée-mère que *tout*, à raison de l'*acte perpétré*, doit être définitivement *purgé* par la Cour qui en est saisie. Interprété toujours dans un sens large qui lui convient, en effet, par la jurisprudence constante de la Cour de cassation, cet article est, à nos yeux, une protestation vivante contre la pratique des doubles poursuites successives, à raison du même fait, devant des juridictions différentes.

Les tribunaux correctionnels, en effet, ne pourraient être compétents, on en convient, pour connaître de la seconde poursuite qu'autant que les jurés ne l'auraient pas été pour sta-

tuer, une première fois, sur ce délit. Eh bien ! on voit que l'article 338, combiné avec l'article 360, attribue aux jurés cette compétence, en ouvrant au président une voie pour saisir les jurés et appeler leur verdict sur le fait envisagé sous l'aspect d'un délit ; et cela est naturel et logique, car les Cours d'assises ont pleine juridiction en matière répressive ; les tribunaux correctionnels ne sont qu'une juridiction d'exception. Les Cours d'assises sont, chez nous, la justice à sa plus haute puissance.

Objectera-t-on que « ce droit conféré par l'article 338 au président des assises n'est qu'une *faculté* qui lui est ouverte » et dont il *peut* ne pas user, et non un *devoir* qui lui soit *imposé* en termes absolus ? »

Je répondrai :

Qu'importe pour l'accusé ? *Faculté* ou *droit*, il suffit que ce pouvoir *puisse* être exercé.

L'accusé est en face d'une juridiction armée du droit de *purger entièrement* et sous tous ses *aspects*, avec tous ses caractères, le *méfait* qui lui est imputé.

Est-ce que la loi peut rendre cet accusé responsable du *choix* qui est fait par les agents de la répression entre les armes qu'elle met dans leurs mains contre lui ?

Sans doute, la faculté que l'article 338 attribue au président des assises n'est pas sans inconvénients dans son exercice ; mais quelle faculté légale en est exempte ? Les mêmes chances ne sont-elles pas attachées aussi à toutes les poursuites dont l'initiative appartient au ministère public ? Cette appréciation des débats de l'audience est délicate et engage la responsabilité du président. Qui songe à le nier ? Mais est-ce là un mal ? Toute poursuite aussi, à tous les degrés, engage la responsabilité des parquets. Songe-t-on à s'en plaindre ? On conviendra même volontiers que l'appréciation qui est confiée au président à l'audience est plus délicate encore que l'initiative à prendre d'une poursuite *ab ovo* ; car la position d'une question subsidiaire peut affaiblir, dans l'esprit des jurés, l'accusation principale. Elle peut devenir un échec à la logique du réquisitoire du ministère public, une réfutation implicite de son système d'accusation. C'est donc au président des assises à n'user de cette faculté qu'avec tact et prudence, suivant les besoins de la cause, et, si l'on veut même, dans la mesure des forces et des lumières de son jury. Qui le nie ? Mais ce n'en est pas moins un droit

précieux et formel, qui s'harmonise parfaitement avec toutes les autres dispositions du Code d'instruction criminelle et avec la nature même de la juridiction des Cours d'assises, et un droit qui a une portée telle qu'en vérité ce n'est pas sans surprise qu'en présence de ce droit resté debout dans notre Code on ait à combattre encore un abus qui ne tend à rien moins qu'à absorber tout entier un de ses articles les plus importants, l'article 360.

En présence de ce droit incontestable des présidents d'assises, on ne peut donc pas excuser la pratique que nous combattons sous prétexte d'une prétendue *lacune* dans notre législation pénale; on ne peut pas dire qu'il y a impunité pour les délits, affaiblissement dans la répression. Ce serait, sans motifs, faire le procès à nos lois existantes en même temps que le procès au jury.*

Mais, tant que le jury restera dans nos Codes on n'aura pas le droit d'établir, en principe, que cette institution n'est pas un instrument suffisant de répression, et de la confisquer, en quelque sorte, sous ce prétexte, au profit des juges d'une juridiction inférieure, dont les convictions présumées plus faciles inspireraient moins de méfiance aux agents de la poursuite.

En toutes choses, et surtout en législation, il faut avoir au moins le courage de son opinion. Si l'on pense que le jury fonctionne mal, que la loi le dise en le supprimant ou en le modifiant, comme elle en a le droit. Mais que la doctrine et la jurisprudence ne sanctionnent pas un abus qui ne dépouille le jury qu'aux dépens de la loi vivante, au mépris du Code en vigueur, le tout pour donner satisfaction à des défiances qu'on n'oserait pas formuler nettement et hautement.

§ 3.

Reste donc à établir notre troisième et dernière proposition, c'est que « cette jurisprudence ne peut même pas s'étayer des » principes du droit civil, dont elle fait, suivant nous, une fausse » application. »

En droit civil, le procès, c'est, uniquement, *ce qui est demandé*. Le juge civil se renferme donc forcément dans les conclusions de l'assignation qui l'a saisi.

En droit criminel, le juge a une latitude beaucoup plus grande. Son pouvoir n'est point limité par la demande ou les conclusions

du poursuivant. Il ne l'est que par la loi. Le juge de répression est *tenu* d'appliquer au *fait* qui lui est déféré la loi, quelle qu'elle soit, qui a attaché à ce fait une peine de sa compétence ou une peine moindre. C'est sur ce fondement qu'ont été édictés les articles 192-365 du Code d'instruction criminelle. Si le ministère public qui a saisi le tribunal s'est trompé dans l'indication de cette loi, le juge n'en est pas moins tenu d'appliquer celle qui est réellement applicable. C'est dans ce sens qu'il est dit que « tout juge, en France, est officier du ministère public. »

La différence profonde qui distingue l'une de l'autre chacune de ces deux branches de la justice explique assez la différence de ces deux résultats.

En justice civile, le justiciable ne peut obtenir ni *autre chose* que ce qu'il a demandé, ni *au delà* de ce qu'il a demandé; car, s'il obtenait *plus*, il excéderait son droit; s'il avait *autre chose*, il ne serait pas satisfait: il n'aurait pas justice.

En justice répressive, au contraire, ce n'est pas le poursuivant qui *fixe* la demande; c'est la loi elle-même qui *prend* ses *conclusions* pour lui en déterminant la *peine* encourue. Le juge n'a plus qu'à en faire *d'office*, au besoin, l'application.

Le juge de la répression a donc le devoir impérieux d'apprécier, dans les limites de sa compétence sans doute qu'il ne peut excéder, mais sous toutes ses faces, le *fait*, quel qu'il soit, qui lui est déféré (art. 365-192 C. instr. crim.).

Cette obligation de *vider* entièrement toute procédure dont il est saisi est en relation parfaite avec le principe qui ne permet pas de poursuites *ultérieures* devant une *autre* juridiction, à raison du *même fait*. Disons-le: c'est même une chose admirable dans notre législation que cette corrélation qui existe entre, d'une part, le *devoir* du juge répressif d'*épuiser* sa juridiction sur le *fait* qui lui est soumis, et, d'autre part, le *droit correspondant* de l'accusé de n'être soumis qu'*une seule fois* au jugement des hommes, à raison d'un *même fait*.

Qu'on ne fasse donc pas entre la position de la *partie civile* réclamant, devant un tribunal civil, des dommages-intérêts contre un accusé acquitté en Cour d'assises, et le rôle du *ministère public* reprenant, en police correctionnelle, une poursuite qui a échoué devant les jurés, une *assimilation* que re-

poussent la nature même des choses et les différences profondes qui séparent les principes du droit *civil* de ceux du droit *criminel*.

Nous l'avons déjà dit : si, même contre un accusé acquitté par un verdict du jury, une action en responsabilité pécuniaire reste encore ouverte à la partie civile, c'est parce que la *chose* ainsi *jugée* au criminel doit se renfermer dans les limites que lui assigne l'*intérêt social*, qui, seul, motive l'influence du criminel sur le civil. Il n'était donc pas nécessaire que la vérité judiciaire résultant d'un acquittement en Cour d'assises eût plus de portée au respect des tiers. L'*intérêt social* ne réclamait pas le sacrifice de ces intérêts privés. C'est dans ce sens seulement et avec cette restriction que le verdict d'acquittement est, à leur respect, la chose jugée. Ce n'est pas parce qu'ils ont été *représentés* dans leurs intérêts *privés*, par le ministère public, à la Cour d'assises. Il est évident, au contraire, que celui-ci y représentait un intérêt *tout autre* que le leur, et que sa poursuite avait un tout autre *objet* et une toute autre *cause* même que leur demande *pécuniaire*.

Mais si ces trois éléments, qui, réunis, constituent seuls la *chose jugée*, ne se rencontrent pas, au respect des tiers lésés, dans un simple verdict d'acquittement du jury, et ne peuvent dès lors être, comme le dit M. Lagrange, opposés à l'action en indemnités d'une partie civile, il est évident, au contraire, qu'ils se trouvent réunis pour repousser, comme une *fin de non-recevoir* insurmontable, la nouvelle action du ministère public après un échec essuyé en Cour d'assises.

N'est-il pas manifeste, en effet, que, devant le tribunal correctionnel, le ministère public est encore ce qu'il était devant les jurés, la *même* partie publique, en droit, la même personne? Comment donc nier en lui l'identité de *partie*?

N'est-il pas manifeste aussi que, devant les juges correctionnels, la poursuite nouvelle a un *objet identique* à la première poursuite qui n'a pas réussi devant le jury, la répression d'un *méfait*, et aussi qu'elle a une *cause également identique* à la cause de la première poursuite?

Devant les juges correctionnels, en un mot, comme devant les jurés, n'est-ce pas toujours la *même partie publique* qui vient, au nom du *même* intérêt, l'intérêt de la société, et dans le même objet celui de la justice répressive, requérir une peine aux

mêmes fins, l'expiation du même *méfait* qu'il lui convient d'apprécier à un point de vue nouveau ?

A ne consulter que les principes du droit civil *pur*, tels qu'ils sont posés dans l'article 1351, il est donc évident, à nos yeux, que le ministère public a contre lui la *chose jugée* avec tous ses caractères, quand, à la suite d'un acquittement aux assises, il vient s'adresser à une *autre* juridiction pour lui demander « ce qui lui a été refusé, » sous une autre forme, par la juridiction supérieure. Il est évident pour nous que l'article 1351 se dresse avec non moins d'énergie que l'article 360 lui-même, et la règle *non bis in idem* entre lui et l'accusé déjà acquitté, qu'il traduit encore en police correctionnelle à des fins répressives.

Nous croyons avoir suffisamment démontré que les doubles poursuites successivement exercées par le ministère public pour un *même fait*, devant deux juridictions *différentes*, sont contraires : 1° à l'humanité, 2° au droit criminel, 3° au droit civil.

Nous pourrions prouver par de nombreux exemples que cette pratique blesse, en outre, au plus haut degré, la *dignité* de la justice.

C'est à la magistrature spécialement que nous recommandons cette considération.

Il arrive assez fréquemment, en effet, que, devant les juges correctionnels, le prévenu déjà acquitté en Cour d'assises, « se faisant un titre de sa perversité même, » croit de son intérêt de soutenir, ainsi qu'il le peut faire impunément après le verdict d'acquittement, « qu'il avait voulu commettre un » *crime* et non un simple *délit*, » et la justice nouvelle, devant laquelle on le fait comparaître, est tenue de subir le scandale de ce moyen de défense, et quelquefois forcée de l'admettre quand, d'après les nouveaux débats de l'audience, elle en vient à reconnaître ces caractères au *fait* soumis de nouveau à ses investigations. Preuve évidente, à nos yeux, que ce qui est soumis aux juges correctionnels n'est pas autre chose que le *fait* déjà apprécié par les jurés, mais qui est présenté à de nouveaux juges sous un autre aspect ; en d'autres termes : qu'on fait juger deux fois la même chose, *bis in idem* !

Ceci, nous le répétons, n'est point une vaine hypothèse. C'est un spectacle qui a plus d'une fois scandalisé les audiences correctionnelles. (V. notamment arrêts de Nancy, du 29 juillet 1846, et de Limoges, du 10 juin 1847.)

Dans l'arrêt de Nancy motivé avec beaucoup de soin on lit le *considérant* qui suit :

« Attendu qu'on ne peut méconnaître qu'une semblable divergence ne soit une chose regrettable dans l'intérêt de l'administration de la justice, mais que cet *inconvenient* sera toujours le résultat possible du *fractionnement* de poursuites, à l'occasion d'un *même fait* et de l'appréciation d'un *même procès* par des *juges différents* ! »

Si, comme le reconnaît la Cour de Nancy, le *fractionnement* de poursuites à l'occasion d'un *même fait* et l'appréciation en sens contraires d'un même procès devant des *juges différents*, produisent de si regrettables résultats, pourquoi donc ne pas couper court à ce scandale, en faisant retour tout simplement aux principes du Code d'instruction criminelle qui nous régit encore, c'est-à-dire en ne faisant qu'un *seul* et même procès devant les *mêmes* juges, — les jurés, — à l'occasion du *même fait*, comme le veulent la raison, la justice et l'humanité, d'accord avec la loi ?

Nous finirons par une considération que nous n'adresserons pas seulement, comme la précédente, à la magistrature, mais à ceux que des défiances, suivant nous trop facilement conçues envers l'institution du jury, entraînent vers l'opinion contraire à l'*unité* des poursuites.

Cette considération dernière est celle-ci :

On dit communément, pour excuser la seconde poursuite du parquet, quand la première a échoué, que « c'est là une ressource dernière contre la faiblesse des jurés, et une arme dont il ne faut pas priver la vindicte publique, si souvent trompée par la mansuétude abusive de leurs verdicts. »

On oublie qu'en procédant ainsi on encourage, sans s'en rendre compte assurément, ce sentiment même de faiblesse que l'on reproche aux jurés.

Les hommes sont ainsi faits qu'ils aiment à proportionner leurs actions à l'opinion qu'ils inspirent. Il ne faut pas attendre d'eux qu'ils se mettent en dépense de vertu qu'on leur nie. Ce n'est qu'en leur montrant qu'on attend d'eux beaucoup, qu'on obtient d'eux quelque chose.

Il est d'observation, en effet, que, quand les jurés savent

qu'après le verdict qu'ils ont à rendre la partie publique aura encore dans ses mains une arme correctionnelle contre l'accusé, quand ils ne voient pas la question subsidiaire sur le fait dégénéré en délit leur être soumise par le président, il arrive que, par un sentiment assez naturel au cœur humain, ils se laissent aller à une indulgence qui aurait fait place peut-être à un sentiment plus ferme de leurs devoirs, si l'on n'avait pas ainsi exonéré leur responsabilité. Nous en appelons, à cet égard, à tous les magistrats qui ont quelque expérience des Cours d'assises et des jurés. C'est ainsi que les choses se passent, et nous ajoutons qu'on n'a pas le droit de s'en étonner.

Si, au contraire, les jurés étaient bien fixés sur cette vérité que sur eux *seuls*, sur leur conscience, éclairée au besoin par leur courage, repose la responsabilité tout entière de la décision à rendre; s'ils savaient que, si la société reste complètement désarmée contre un crime ou un délit constant, ce sera uniquement par leur faute, et que, quand le ministère public leur tient ce langage, la jurisprudence ne lui permet pas de manquer à sa parole; s'ils savaient que, quand le président des assises n'use pas du droit qu'il a de leur soumettre une question subsidiaire, ce n'est pas pour ménager à la partie publique une porte de derrière qui lui resterait ouverte sur l'audience correctionnelle; si les jurés savaient tout cela, alors il est permis de croire qu'ils se montreraient plus jaloux de prouver qu'ils sont dignes de répondre à la confiance de la loi et de la magistrature; ils feraient loyalement et complètement une justice qu'on leur demanderait complète et loyale.

La conduite contraire a pour effet tout naturel d'entretenir entre la magistrature et le jury ces défiances mutuelles qui ne peuvent assurément fortifier ni l'une ni l'autre de ces deux belles institutions, si dignes de marcher parallèlement dans la même voie. Les hommes sont à la longue ce que les font les institutions. Si l'éducation des jurés, parmi nous, n'est pas encore complète, elle s'achèvera avec le temps. Mais le moyen de la faire, ce n'est pas de se défier d'eux. Leur faire supposer qu'on croit à leur faiblesse, c'est encourager chez eux ce sentiment, c'est quelquefois le faire naître; c'est souvent une injustice, c'est toujours un mauvais enseignement.

La magistrature est faite pour en donner de meilleurs.

Quant à nous, nous ne craignons pas de protester contre un

procédé qui ne nous paraît pas digne d'elle, et que rien, à nos yeux, ne saurait justifier.

C'est à M. Merlin qui, malgré sa science immense, a été depuis, s'il est permis de le dire, si peu heureux contre M. Toullier, dans sa défense des droits du ministère public, dans la question de l'influence du criminel sur le civil, c'est à M. Merlin qu'appartient l'initiative, que revient de droit la paternité, à notre gré assez peu glorieuse, de cette doctrine nouvelle qui a autorisé cet usage des parquets ressaisissant en police correctionnelle les accusés échappés aux jurés. Or l'autorité de M. Merlin est naturellement si puissante, qu'elle a entraîné dans cette voie la Cour de cassation elle-même, qui y a persisté jusqu'à ce jour, malgré l'énergique résistance de M. Dupin. C'est dans l'arrêt *Diffis*, en effet, rendu le 29 octobre 1812, sur les conclusions de M. Merlin, que se trouve le principe, le point de départ, du moins, de cette jurisprudence.

Qu'il nous soit permis de le dire : dans son ardeur aux distinctions subtiles, dans lesquelles s'absorberait bien vite la règle *non bis in idem* tout entière, M. Merlin ne ferait plus de cette règle et de l'article 360 qu'une vaine et stérile *abstraction*.

Ainsi, devant la Cour suprême¹, qui cette fois a refusé de le suivre dans cette voie, en rejetant le pourvoi qu'il soutenait, M. Merlin est allé jusqu'à professer que cette règle ne pourrait être invoquée par un *failli* qui, déjà acquitté sur une poursuite en *banqueroute simple* pour infraction à certaines prescriptions imposées aux commerçants par la loi, viendrait à être *repris* par le ministère public à raison d'une *autre* infraction prévue par un autre paragraphe du même article de loi; en telle sorte que, dans ce système, un failli pourrait essayer *successivement* huit ou neuf poursuites correctionnelles sur les huit ou neuf griefs énoncés dans les huit ou neuf paragraphes qui composent les articles 585 et 586 du Code de commerce combinés avec l'article 402 du Code pénal, en cas d'acquittements successifs sur ces divers chefs, s'il avait plu au ministère public de ne pas les comprendre tous à la fois dans la même formule d'une première assignation!....

Formuler une telle prétention, n'est-ce pas la faire apprécier? On conçoit qu'elle ait été repoussée par la Cour de cassa-

¹ V. Merlin, *loco citato*, n° 12.

tion. Mais elle l'a été, assurément, par des raisons autres que celles que M. Merlin s'ingénie à imaginer afin d'expliquer cet arrêt dans un sens plus consolant pour lui-même.

Nous le demandons : Que dirait le ministère public, qu'aurait dit M. Merlin lui-même d'un demandeur qui diviserait ainsi les chefs de sa demande, pour se donner apparemment le plaisir de faire à son adversaire six procès au lieu d'un ? Avec quelle facilité ne lui prouverait-on pas que sous cette forme, tous ces griefs, réunis ou séparés, ne sont que les *moyens* divers d'une *seule* et même action ? N'est-ce pas le cas de se rappeler involontairement le reproche adressé au savant Merlin de se montrer parfois *un peu trop procureur général* ?

En livrant à la critique indulgente des lecteurs de la *Revue de législation* ce faible essai, notre but, assurément, n'est pas d'élever en quelque sorte un drapeau contre une si haute sommité scientifique que celle de M. Merlin, et de faire assaut à une jurisprudence qui s'est fondée sous ses auspices, depuis si longues années. Dieu nous garde d'une telle prétention, qui nous irait à nous, nous le savons bien, moins qu'à qui que ce soit, certes ! Mais en présence de la controverse déjà si grave que soulève, encore de nos jours, la question de l'influence du criminel sur le civil ; en présence du beau travail de M. Lagrange qui la résume et l'éclaire, suivant nous, d'un jour tout nouveau, nous n'avons pas cru tout à fait inutile d'appeler l'attention des juges compétents sur les progrès de cette question, et en même temps sur l'abus dangereux, suivant nous, qu'on pourrait faire des solutions données par M. Lagrange.

En marquant ce progrès, nous n'avons qu'un désir : c'est d'en bien fixer la limite, de montrer à sa place légitime le jalon planté d'une main si sûre par M. Lagrange, afin qu'on n'abuse pas de son excellente dissertation en en étendant, contre ses intentions sans doute, les conclusions hors de leur portée normale.

Nous le déclarons, d'ailleurs, jamais nous ne nous serions senti la témérité d'aborder une si difficile question dans l'isolement de nos méditations personnelles. Mais notre conviction a puisé des forces à une source que nous nous faisons un devoir d'indiquer, parce qu'il n'est pas impossible qu'elle reste encore peu connue, malgré sa réelle valeur. Notre opinion sur l'*unité* nécessaire des poursuites et sur l'abus de leur *fractionnement* s'est formée surtout à la lecture attentive d'un très-judicieux

travail publié par la *Revue de législation*¹, sur la règle *non bis in idem*. Ce travail est dû à M. Berthon, avocat et juge suppléant au tribunal civil de Bourgoin (Isère). C'est, suivant nous, la démonstration la plus concluante et la plus complète de l'erreur de la jurisprudence sur cette question.

M. Berthon aborde avec une indépendance digne de sa modestie, et avec un esprit critique libre de toute faiblesse et de tout préjugé préconçu, cette question délicate et ardue. Il en dégage avec patience et bonne foi tous les éléments qui ont égaré, suivant lui, M. Merlin et ses adhérents. Il prouve enfin, à notre avis, avec la clarté de l'évidence, que ni le sens *vrai* des termes, ni l'esprit de la loi, ni le droit criminel, ni le droit civil, ni l'humanité, ni la raison, ne sont du côté où penche depuis si longtemps la jurisprudence.

M. Berthon prouve surtout que, déjà inadmissible sous le Code du 3 brumaire an IV qui, sous l'empire d'une législation moins soumise que celle de notre temps aux influences du spiritualisme, divisait les questions, aujourd'hui toujours *complexes*, au contraire, qui sont soumises au jury, cette jurisprudence, quoi qu'on en dise, n'est pas moins clairement repoussée par notre Code d'instruction criminelle actuel, dont l'article 338, notamment, a un sens si clair et une portée si décisive. Il prouve, en un mot, pour tout lecteur de bonne foi, ce nous semble, avec une rigueur de raisonnement que nous oserions presque dire mathématique, que les arrêts n'ont pas fait la lumière dans le cercle vicieux où ils ne semblent pas s'être lassés de tourner, sur les traces de M. Merlin, à la suite d'une erreur qui ne repose, à bien prendre, que sur un simple abus de langage, sur une impropriété d'expression, quelque étonnante peut-être que soit une telle proposition, et quelque incrédule qu'elle doive naturellement s'attendre à rencontrer au premier abord.

Ce remarquable travail d'un homme qui nous est inconnu, nous prenons la liberté de le recommander aux méditations impartiales des juristes qui aiment la science pour elle-même, et qui jugent les travaux qu'elle inspire par leur valeur même plus que par la notoriété et l'autorité du nom qui les signe.

GIRARD DE VASSON.

¹ V. *Revue de législation*, t. II (1852), p. 160 et suiv.

DE LA LETTRE DES LOIS

OU

DE LA CODIFICATION ET DE LA RÉDACTION RATIONNELLES DES LOIS.

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

DEUXIÈME PARTIE. — Suite ¹.TITRE II. — *Principes de la rédaction et de la codification rationnelles des lois.*

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES DE LOIS ET DE LEUR CARACTÈRE
SOUS LE RAPPORT DE LEUR DISPOSITIF.

42. Le Pouvoir législatif n'est pas absolu dans ses manifestations. — Institué en vue d'un but, la légitimité de son action est tout entière dans les devoirs de sa mission; il doit, en conséquence, y conformer les lois par le fond et par la forme.
43. La rédaction rationnelle des lois aura donc à approprier leurs formules au caractère spécial de chaque disposition. — Le caractère spécial des lois se déduit de leur but et de la nature des activités qu'elles doivent diriger : à savoir les citoyens et les fonctionnaires.
44. I. DES LOIS RELATIVEMENT AUX CITOYENS. — Deux sortes : les lois publiques et les lois privées.
45. § 1. *Des lois publiques.* — La liberté naturelle des citoyens est l'unique objet de ces lois. — La Raison étant la loi suprême de l'homme, la loi positive devra en suivre les indications et l'imiter dans ses procédés de manifestation. — A. La loi ne pourra donc pas anéantir la Liberté, ni violer ses éléments essentiels par des impérations. — B. Elle ne pourra lui défendre que des actions contraires au but social. — Les lois publiques seront donc essentiellement prohibitives.
46. § 2. *Des lois privées ou des contrats.* — La liberté légale est l'unique objet de ces lois. — La libre volonté individuelle en est la condition essentielle; leur but étant de modifier l'empire juridique de l'activité, les contrats auront dès lors en vue des actions et des inactions, et se réaliseront par des impérations et des prohibitions. — Le caractère des lois privées est donc à la fois impératif et prohibitif.
47. II. DES LOIS RELATIVEMENT AUX FONCTIONS. — Leur caractère est essentiellement impératif.
48. III. EXISTE-T-IL DES LOIS PERMISSIVES? — Impossibilité d'en concevoir. — Erreur des anciens Jurisconsultes. — Il n'a existé que des lois prohibitives et des lois impératives.
49. IV. Des actes à défendre et à commander, toute la législation est là; — prohibitive à l'égard des citoyens; — impérative à l'égard des fonctionnaires. — Ligne de démarcation entre ces deux ordres de lois.

¹ V. les tomes IXoy, X et XI.

42. Rien de plus faux et de plus arbitraire que cette doctrine qui tend à attribuer au législateur un domaine sans borne, une puissance sans règle et une liberté absolue dans la manifestation de ses volontés.

Rien de plus faux et de plus arbitraire encore que cette opinion malheureusement trop répandue, qui, méconnaissant la nécessité d'approprier la rédaction des lois à la nature des éléments soumis à leur action, admet que la législation puisse logiquement s'adresser avec autant d'empire à la *libre activité des personnes privées*, qu'à l'*activité asservie des personnes publiques*, et qu'il soit indifférent à la clarté ainsi qu'à l'efficacité de ses prescriptions d'adopter, sans distinction et sans discernement, telle ou telle autre formule.

Rien par contre de plus rationnel que cette proposition déduite de la raison même des choses : que la loi destinée à *contenir* une *force libre* étant d'une autre nature que celle qui *incite* et *dirige* un *agent subordonné*, autre doit être sa formule.

A chaque ordre de faits ses lois, à chaque ordre de lois ses formes caractéristiques, ce qui nous conduit à rechercher d'abord quel est le caractère distinctif de chaque ordre de lois.

43. Qui dit LOI dit RÈGLE. — Toute *règle d'action* supposant une *direction*, et toute direction d'action un *pouvoir dirigeant* et un *agent à diriger*, la loi ne se peut comprendre sans un *pouvoir régulateur* et une *activité capable de règles*.

Cette activité se rencontre, on le sait (n° 28, § ix), dans les deux seules réalités juridiques vivantes que comportent les États politiques¹ : les CITOYENS² et les FONCTIONNAIRES. — Les *citoyens* qui, par l'exercice de leur *liberté naturelle*, réalisent les *droits individuels*, — les *fonctionnaires* dont l'énergie est essentiellement subordonnée aux *devoirs* de la *mission sociale* (n° 30, § b).

¹ Quant aux *personnes morales* ou de création juridique, telles que les communautés, les établissements d'utilité publique, les corporations commerciales et les sociétés, etc., etc., elles se rangent dans la classe des personnes civiles. Leurs *administrateurs*, au contraire, dans celles des fonctionnaires, ainsi d'ailleurs que tout individu chargé d'une manière accidentelle ou permanente d'un service public dans l'intérêt de l'État, d'un ou d'une certaine catégorie d'individus (v. p. 450, note 1).

² Par cette désignation nous entendons tous les individus qui ne sont pas fonctionnaires, les nationaux aussi bien que les étrangers et tous autres qui ne sont pas des citoyens dans l'acception particulière et politique du mot.

Ce sont là des points déjà suffisamment établis, mais sur lesquels on ne saurait trop revenir ; — on nous permettra donc de les fortifier à nouveau, par une analyse qui sera la contre-épreuve des précédentes démonstrations et mettra mieux en lumière, pour les citoyens et les fonctions, les limites¹ de la puissance législative et le caractère véritable de cette partie des lois que l'on nomme le précepte ou plus pratiquement LE DISPOSITIF².

I. — DES LOIS RELATIVEMENT AUX CITOYENS. — DE LEURS CARACTÈRES.

44. Il faut distinguer deux sortes de lois concernant les *citoyens* : les unes émanent de l'autorité publique, ce sont les *lois générales et publiques*, les *lois* proprement dites (n° 15) ; les autres formées par le libre accord des volontés particulières³ ont spécialement reçu le nom de *conventions* ou *contrats*. — Deux paragraphes distincts faciliteront l'étude du caractère de chacune d'elles.

§ 1. — *Des lois publiques. — Lois prohibitives.*

45. La loi est une règle d'action ; elle implique, avons-nous dit, des actions et un pouvoir d'action déréglé ou sans règles, mais capables d'en recevoir. — Cette proposition est incontestable.

Ce qui est fatal ou essentiellement réglé ne saurait, en effet, avoir besoin de règles ; la nécessité n'a pas de lois, la divinité n'en a pas davantage... Concluons : — L'homme est à la fois le centre et le rayon du droit ; son activité *naturelle* est l'unique sujet des lois, elle est seule capable de règles, parce qu'elle est seule *libre* et responsable..., seule *libre de se dérégler*.

Libre de se dérégler ! — Est-ce à dire par là que livrée à elle-même cette activité n'aurait, en dehors des lois positives,

¹ Il ne s'agit ici que des limites relativement à la rédaction des lois ; quant à l'objet des lois en lui-même, il n'appartient qu'à la Constitution politique de fixer les limites du pouvoir législatif par l'indication du but social.

² La seconde partie d'une loi se nomme la sanction ; nous en étudierons l'utilité et la nature dans le chapitre suivant.

³ Les testaments et les donations, n'étant obligatoires que par la libre acceptation de la loi du donateur ou du testateur par les héritiers ou les donataires, se rangent dans cette classe. — V. page 444 et note 1.

d'autre droit que la force et d'autres limites que celles du possible? — Cela serait si l'homme doué d'un principe énergique de dérèglement, les *passions* (n° 28, § i), n'était d'autre part contenu et dirigé par le principe régulateur dont sa liberté doit sans cesse écouter les inspirations intelligentes, — la *raison*!

La raison! voilà quelle est donc la source supérieure et profonde de toute autorité, la règle naturelle de notre spontanéité; le législateur, qui dans l'ordre social en remplit le sublime rôle, aura donc à en recueillir les préceptes et à imiter surtout les procédés de ses contraintes, s'il veut assurer avec puissance l'empire de ses prescriptions.

Sequere naturam! qu'il suive ici et partout la logique de la nature, qu'il approprie comme elle ses moyens au but et au caractère particuliers des êtres confiés à sa direction, qu'il proportionne ses droits à leurs droits, qu'il conduise chacun, par un verbe assorti, dans les voies de sa propre destinée, et la liberté des citoyens, aussi bien que l'énergie des fonctions, s'inclinera et obéira sans efforts ni murmure à la légitimité de son action.

La pensée entrevoit ainsi, dans la coexistence des droits de l'autorité positive et de l'activité individuelle et collective de l'homme, la limite délicate de leur puissance respective et le mode rationnel de leurs relations. — Il importe de les mieux préciser.

A. — La *puissance propre, essentielle et caractéristique de la Liberté* consiste par-dessus tout dans la faculté de choisir entre une *action* et une *inaction*; puis entre *agir d'une façon* et *agir d'une autre*. — De là deux droits : *droit d'action* et *droit d'inaction*; nous demandons qu'on ne l'oublie pas.

La *puissance essentielle et caractéristique de l'Autorité législative* réside, au contraire, dans la nécessité et le but spécial de sa constitution, qui lui impose le devoir d'*assurer l'exercice* et la protection des droits individuels, en première ligne desquels se trouvent *ceux de la Liberté*.

Il s'ensuit que le Pouvoir ayant à *protéger* et à favoriser également la Liberté de chacun, devra nécessairement en *régler l'exercice* de manière à le rendre compatible avec l'ordre général et la satisfaction légitime que réclament, en vertu de la garantie sociale, les droits de chacun et de tous.

En protéger l'exercice exclus d'abord le pouvoir de l'anéantir; le régler, implique le devoir d'en respecter partout la nature.

— Quels seront, à son égard, les moyens rationnels et constitutionnels de direction de l'Autorité législative?

Pourra-t-elle commander à la Liberté, *imperare*, l'obliger à agir¹? Non, car ce serait méconnaître son droit à l'inaction, son élément le plus essentiel (V. § A ci-dessus) et violer le principe.

Pourra-t-elle lui commander l'inaction d'une manière générale et absolue? Moins encore, puisque ce sera lui enlever la faculté de choisir entre l'agir et le n'agir pas, et violer encore le principe.

En quoi consistera donc la mission régulatrice de la société? — *in medio virtus*, — rien n'est absolu dans les relations de la vie; — la loi pourra provoquer indirectement, et par voie de prohibitions spéciales, ce que par voie d'impération elle ne saurait directement prescrire. — Voici pourquoi et comment.

B. — La société, d'après le but de son institution, n'a réellement et directement pouvoir que contre le Mal. — Or, la volonté qui n'agit pas n'est pas à craindre; — le droit d'inaction de l'homme est dès lors un sanctuaire inviolable que la loi ne saurait forcer sans abus².

¹ Imposer une action à la liberté individuelle, c'est bien méconnaître son droit d'inaction. Il est cependant des cas où la loi pourra lui prescrire impérativement tel ou tel acte, lui ordonner d'agir, sans aucun excès de pouvoir: en effet, — par cela même qu'ils font partie du corps social, les citoyens sont obligés de concourir et coopérer à son gouvernement et à sa conservation, non-seulement par l'impôt et certains services personnels, mais encore par l'acceptation de fonctions accidentelles, si je puis ainsi dire, que dans certaines situations l'intérêt social oblige de leur conférer, sur les points, par exemple, où la force publique organisée serait absente ou impuissante (V. note 1, p. 450). — Investis alors d'un caractère public, ils seront assimilés à des fonctionnaires, et la loi pourra, et très-logiquement, leur commander directement en cette qualité des actes, des services qu'elle n'aurait pu ordonner au simple particulier. — Mais loin de l'infirmier, ces exceptions confirment la règle. — V. la note suivante.

² Le droit d'inaction (*nemo ad faciendum cogi potest*), sanctionné par la force d'inertie, est le dernier retranchement de la liberté — La loi peut cependant en incriminer l'exercice dans les cas, par exemple, où le citoyen chargé d'un service public aura refusé ou omis de faire ce qu'il devait faire. L'inaction devient alors une action contraire au devoir: L. 121, D., *De R. J.* (50, 17): « Qui non facit quod facere DEBET videtur FACERE adversus ea quæ non facit. »

Il n'en est pas de même de son *droit extérieur d'action* : ses excès menaçant et troublant toujours la sécurité publique, l'Autorité *doit* se mettre en garde contre eux, les prévenir et les réprimer; son abstention à cet égard serait un crime.

Le législateur pourra donc trouver dans sa mission le droit de diriger l'autocratie individuelle, en lui interdisant les actes qui seraient contraires au maintien de l'ordre et au développement social, c'est-à-dire le *mal*.

A la loi qui dira : — l'intérêt général est la limite de la Liberté, l'exercice d'un droit fñhit où la violation d'un autre droit commence, cet acte serait un attentat au cours régulier de la vie politique, au nom de la sécurité de tous, de la justice et de la morale; je le défends! Que répondra l'individu? — Il sacrifiera une partie de son pouvoir d'action pour mieux assurer l'autre; il acceptera les restrictions que l'utilité commune réclame, en demandant toutefois à la loi de préciser, avec la plus grande exactitude, les actes dont elle aura à prescrire l'interdiction, et tout ce qui, dès lors, ne lui sera pas ainsi par elle DÉFENDU, *restera*, nous l'avons déjà dit (n° 30, § A), *implicitement PERMIS* à sa puissance.

Restreindre le champ de la liberté, lui *interdire certains actes déterminés*, c'est en cela et en cela seulement que consiste le pouvoir régulateur de l'autorité législative sur l'exercice des droits individuels des citoyens. — A ce point de vue la loi ne peut être qu'une *prohibition d'action*. La formule de sa rédaction sera donc nécessairement *prohibitive*. — C'est ce qu'il s'agissait de constater.

§ 2. — *Des lois privées*¹. — *Conventions, contrats, etc.*

46. Limitée par les restrictions que les nécessités de l'ordre social ont tracées autour d'elle, l'activité individuelle apparaît à ce moment comme une force vive, ayant sa sphère propre d'action, au centre de laquelle la volonté se trouve néanmoins

L'article 475 du Code pénal, § 12, punit le refus de porter secours en cas d'incendie ou de désastre public....., etc. (V. note 1, p. 240).

¹ Par cette expression *lois privées* des citoyens, il faut comprendre tous les actes qui, émanés de la libre volonté des particuliers, peuvent produire des effets civils; aussi bien, par conséquent, les testaments, *cette loi* que le testateur impose aux héritiers qui l'acceptent, que les donations et les contrats. — V. p. 455, note 1.

souveraine de tous ses mouvements. — Il n'y a de changé en elle que le rayon de son pouvoir; sa nature est toujours la même, c'est-à-dire *libre*.

Dans ce cercle de Popilius, dont la loi assure l'inviolabilité, le citoyen reste en effet son législateur et son maître; — Libre, il pourra à son gré agir ou ne pas agir, agir d'une façon ou d'une autre, pourvu qu'il n'excède pas l'enceinte de son domaine; — Autonome, il pourra, sous les mêmes conditions, consentir des restrictions nouvelles au profit d'une autre activité, mettre une partie de ses droits dans ses droits, et se donner ainsi des règles particulières de conduite, de nouvelles lois, *des lois dont il sera l'auteur* et qui s'exécuteront sous la protection *des lois publiques*.

Qui pourrait et au nom de quelle autorité étrangère lui interdire un pareil usage de la *liberté* que *ces lois lui ont garanti*? — Du moment où l'utilité générale est sans intérêt n'est-elle pas sans droit pour s'y opposer? — L'individu pourra donc renoncer légalement à ce dont il a la disposition¹ souveraine, et s'imposer des *actions* et des *inactions* qui ne lui sont pas interdites. — C'est là, d'ailleurs, un point qu'on ne conteste pas. — Ces règles individuelles des relations privées, volontairement consenties de citoyens à citoyens, dans les conditions déterminées par les lois proprement dites, ont reçu dans la pratique le nom de *conventions*, et leur forme extérieure celui de *contrat*.

Le Code Napoléon en a consacré la légitimité et assuré la force obligatoire : « Les conventions, dit l'article 1134, *légalement* formées tiennent lieu de *lois* à ceux qui les ont faites... Elles doivent *être exécutées* de bonne foi... » sous la *suzeraineté* et la *sanction des lois* émanées de l'autorité publique. — Ces dernières ne peuvent être, on le sait, que des *prohibitions*. Il n'en est pas de même des autres : — quel est, à cet égard, le caractère propre de leurs dispositifs?

Les restrictions contractuelles ne sauraient consister que

¹ Le principe et le sujet des conventions c'est la volonté; leur but est de modifier la sphère juridique de vie et d'action que la loi a imparti à chacun, et de faire ainsi tourner au profit des uns la liberté des autres. — Il suit de là que pour engager les droits de la liberté, la volonté devra en avoir la disposition et l'usage; en d'autres termes, être en possession de sa liberté. Et voilà pourquoi la libre volonté des contractants est une des conditions essentielles de la validité des conventions.

dans des *actions* ou des *inactions*. — Les conventions ne pouvant dès lors avoir en vue que des obligations *de faire* ou de *ne pas faire*, *de donner* ou de *ne pas donner quelque chose* (art. 1126 C. Nap.), les contrats porteront tour à tour des *impérations* et des *prohibitions* de donner ou de faire, et se formuleront tout naturellement tantôt par des *clauses prohibitives*, tantôt par des *dispositions impératives*, suivant le caractère de leur stipulation. Souveraines dans la sphère de leur liberté *légal*e, les parties contractantes ne sont-elles pas *libres* de se *commander* à leur gré ou de se *défendre*? — Pourquoi le seraient-elles moins dans l'expression de ces *défenses* et de ces *commandements*?

Prohibitif et impératif, tel est donc le caractère des *lois privées des conventions*. — Nous dirons plus loin pourquoi leur rédaction doit rester étrangère à nos recherches.

Prohibitif, tel est celui de la *loi publique* comme règle d'action de la liberté des citoyens; il nous reste à l'apprécier maintenant comme règle *directrice* des fonctionnaires.

II. — DES LOIS RELATIVEMENT AUX FONCTIONNAIRES. — LOIS IMPÉRATIVES.

47. La société est si bien faite à l'image de l'homme que si on a pu dire de l'un : — c'est une *intelligence servie par des organes*, on peut dire de l'autre que c'est une *puissance servie par des fonctions* (n° 28, § viii). — Les fonctions sont en effet des organes auxquels le Pouvoir gouvernemental commande par des lois avec autant d'empire que la volonté aux forces synergiques de l'activité.

Cet empire s'explique, on le sait, par les nécessités et les conditions de leur origine (n° 29, § B, et 30, § B); elle s'explique peut-être mieux encore par la mission même du pouvoir et l'enchaînement forcé de ses actes.

Avant de se diriger il faut être. — La première volonté de la société qui se forme est d'instituer ses pouvoirs politiques et de vivre. — Les premiers actes de ces pouvoirs seront donc à leur tour de constituer *la vie* gouvernementale par la création et l'organisation de leurs fonctions¹. — Ces différents actes, qui

¹ Un décret unique et spécial pourrait, dans notre législation, rassembler et réunir toutes les dispositions organisatrices des fonctions, et présenter ainsi le tableau général du personnel gouvernemental, depuis les fonctions les plus élevées jusqu'aux plus humbles, en les plaçant suivant leur importance hiérarchique et l'ordre des préséances.... Ce décret, par sa contex-

méritent avec plus de raison le nom d'*institutions constitutionnelles*¹ que celui de *lois constitutionnelles* qu'on leur a bien par erreur donné, puisqu'ils ne portent en eux aucune *règle d'action*², ces actes, disons-nous, n'admettant entre les pouvoirs et leurs fonctions que des rapports d'infériorité hiérarchique de créature à créateur, les ont par suite placés dans un état de dépendance telle, qu'ils excluent toute liberté et même toute possibilité pour elles d'un droit supérieur aux lois positives.

Les seconds actes du Pouvoir, après avoir ainsi organisé ses fonctions, auront pour objet de les *diriger* vers le but qui a nécessité leur création, et de déterminer à cette fin le jeu simple ou compliqué de leur fonctionnement spécial. — Là, mais là seulement commence le rôle vraiment législatif du Pouvoir, ses prescriptions seront alors véritablement des *lois*, des *lois règles d'actions et de direction*, puisqu'elles *coordonneront* les mouvements de l'énergie fonctionnelle, de manière à procurer, le plus utilement possible, la concourse d'efforts et de protection que réclame la sûreté publique et la satisfaction régulière et paisible des droits garantis par la constitution.

Mais *coordonner* les actes d'un agent *subordonné*, qu'est-ce à dire autre chose que lui *ordonner ces actes par des ordres*? — Le rapport phonétique des mots suffirait à lui seul, on le voit, pour expliquer l'empire absolu du pouvoir sur la direction des fonctionnaires, et découvrir le caractère essentiellement *impératif* des dispositions législatives qui auront à régler leur énergie.

Pas n'est besoin d'insister davantage sur ce point; voir au surplus ce qui a été dit au n° 30, § 2, et résumons-nous. — À l'égard des *fonctions* et des *fonctions seules*, la loi procédera par des *impérations* indiquant avec précision les circonstances, les

ture, se diviserait en différents titres par départements ministériels ou nature de service, et devrait être rédigé de manière à ce que toute création de fonctions nouvelles ou toute suppression ne pût déranger l'ordre général du classement adopté.

¹ Ces actes ne sont pas des lois, mais de purs actes de puissance et de création; si nous les maintenons néanmoins dans le cadre de notre codification sous le titre d'*institutions de droit public*, ce n'est que par égard aux habitudes reçues, nous nous expliquerons toutefois à ce sujet, et l'on comprendra plus loin pourquoi leur rédaction ne saurait subir les formules rationnelles qui ne sont possibles que pour les lois règles d'action.

² Voir la définition qui a été donnée de la loi, page 284.

conditions de temps, de lieu, et le mode des actes qu'elle leur *commandera* dans la sphère de leurs attributions respectives, et *tout ce qui*, dès lors, ne leur *sera pas expressément par elle* ORDONNÉ, *sera pour elles implicitement* DÉFENDU.

Toujours et forcément *impératives*, les prescriptions de la loi se rédigeront donc rationnellement, quant aux fonctionnaires, suivant des *formules impératives*. — C'est ce qu'il fallait aussi démontrer.

III. — EXISTE-T-IL DES LOIS PERMISSIVES?

48. Tout ce que la loi *n'ordonne pas* aux fonctionnaires leur est *défendu*; — tout ce qu'elle *ne défend pas* aux citoyens *reste permis* à leur liberté. — Où trouver la place et le sujet des LOIS PERMISSIVES? — Peut-il même en exister?

Nous ne nous poserions certainement pas une pareille question en présence des principes ci-dessus, si, par une méprise qu'on a peine à comprendre et contre laquelle quelques auteurs ont déjà énergiquement protesté¹, la doctrine n'avait pas accepté avec une confiance trop aveugle l'ancienne division des lois en *prohibitives*, *impératives* et PERMISSIVES².

Des lois permissives! — Peut-on bien s'expliquer l'alliance de ces deux expressions si intimement contradictoires : *lois*, c'est-à-dire règle *obligatoire*, et *permission*, c'est-à-dire *non obligatoire*? — Conçoit-on, en effet, une *obligation* qui *n'oblige pas*, qui vous laisse *libre*, une règle d'action qui ne règle rien? Une aussi étrange association d'idées se rencontrerait-elle par hasard dans la pratique, à quels actes du pouvoir législatif attribuer cette qualification? — Voyons.

Serait-ce aux dispositions qui, par exception, restreindraient la portée d'une prohibition générale, ou à celles qui, l'abrogeant en tout ou en partie, rendront *permis* des actes primitivement *défendus*? Mais, à bien réfléchir, la *permission* qui en résultera dans l'un et l'autre cas pour les *citoyens*, les citoyens la tiendront, remarquez-le bien, *non point de la loi*, mais seulement de leur propre pouvoir, de leur *liberté naturelle*; — ce qui n'est pas ou *qui cesse d'être défendu*, n'est-il pas de plein droit et *jure proprio* toujours *permis* à leur puissance?

¹ Notamment MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, 2^e édit., p. 60, note 2. — Sic Eichbach, *Introd. encyclopédique du droit*.

² V. la plupart des auteurs, et même quelques-unes de nos Constitutions.

Serait-ce aux dispositions qui, après avoir *ordonné un acte aux fonctions*, laisseront à leurs titulaires le soin de décider si les circonstances conditionnelles de son exécution se sont ou non réalisées? — Mais dans ces cas exceptionnels encore, cette latitude d'appréciation ne change pas le caractère de la loi. — En effet, — si d'après cette appréciation, à laquelle *en fait* le législateur se rapporte, les circonstances de l'acte prescrit ne se rencontrent pas, il sera comme *n'étant pas ordonné*, et *ne sera, dès lors, pas même permis*¹, si, au contraire, le concours prévu des circonstances exigées se vérifie, *l'impératif* de la loi sortira alors son plein et entier effet, et n'aura jamais rien perdu de son caractère.

Sera-ce, enfin, aux dispositions qui révoqueront un commandement antérieur, aux lois *abrogatives* proprement dites? — Mais dans ce cas, pas plus que dans le précédent, la loi *ne permettra* l'acte qu'elle cessera de prescrire, puisque à l'égard des fonctionnaires *ce qui ne sera plus ordonné cessera de plein droit d'être permis*.

La division ancienne doit en conséquence être rejetée; il n'y a et il ne peut y avoir, *au point de vue de leurs dispositifs*, que des lois *prohibitives* et *impératives*, et voilà tout.

IV.

49. Des ACTES, et rien que des ACTES; — des *actes à défendre ou à ordonner*, tel est l'objet et le seul but de la législation proprement dite, tout le reste rentre dans les attributions exclusives et souveraines, soit du Pouvoir constituant, soit de la Liberté contractuelle, soit de la Science juridique. — C'est là une de ces vérités premières qu'il faudrait graver en lettres d'or aux quatre coins de l'enceinte du temple des lois, afin de prévenir les écarts du législateur et ses empiétements trop fréquents sur le domaine des Lois privées et de la Doctrine².

Des *actes à défendre aux citoyens*: — actes contraires ou hostiles au but social;

¹ On peut en dire autant des lois *impératives alternatives*, c'est-à-dire ordonnant conditionnellement tel ou tel acte, suivant telle ou telle situation. — La disposition sera toujours impérative, et la fonction n'obéira qu'à son impération.

² V. ce qui a été déjà dit à ce sujet (nos 15 et 16).

Des actes à commander aux fonctions : — actes utiles à sa réalisation.

Toute la législation est là. — *Prohibitive* à l'égard des particuliers, *impérative* pour l'homme public, — en écartant ainsi d'un côté les obstacles et provoquant de l'autre le concours d'efforts favorables aux améliorations, elle fera pour le progrès tout ce qu'elle pouvait et tout ce qu'elle devait faire.

La difficulté sur cette double voie, il ne faut pas se le dissimuler, sera grande. — Elle consistera notamment à avoir d'abord une idée nette et précise des *actes à prescrire* et à *prohiber*, mais surtout à déterminer le point où finit le *citoyen* et où la *fonction* commence, ligne de démarcation toujours délicate, question pratique bien ardue¹, mais cependant non impossible à résoudre pour l'esprit de justice et d'analyse qui se pénétrera fortement des principes rationnels des droits de l'homme et des pouvoirs dans le gouvernement social.

¹ Il est à ce sujet des situations intermédiaires où la ligne qui sépare les citoyens des fonctionnaires sera quelquefois très-difficile à discerner. — Voici, sur ce point, des indications qui feront peut-être mieux saisir notre pensée :

L'État ne pouvant exister que par le concours des forces individuelles, il s'ensuit que chacun doit, dans la mesure de son énergie, de sa capacité et de sa fortune, concourir proportionnellement au but social. — De là l'obligation, pour chacun, d'accepter les fonctions par lesquelles l'État vit, s'administre, se gouverne et se défend. — Gratuites ou rétribuées, instituées dans un intérêt public ou particulier, local ou national, quel qu'en soit le but ou l'importance, les fonctions, ainsi que les impôts, sont des charges publiques que les citoyens ne sauraient refuser sans violer le pacte fondamental et sans renoncer aux avantages qu'ils retirent de l'ordre social dont ils font partie. — Ce principe, bien compris, fournira une règle infailible pour déterminer le caractère propre des individualités auxquelles la loi s'adressera. — En conséquence, on devra considérer comme *fonctionnaires* tout individu chargé, même accidentellement, d'un service public gratuit; tous ceux qui, individuellement ou en masses, seront appelés par la force majeure des circonstances à suppléer à l'absence ou à l'insuffisance des agents organisés de l'autorité; tous ceux encore qui, dans l'intérêt de l'ordre et de la justice, seront investis d'une mission spéciale. On devra donc tenir pour *fonctionnaires*, et s'adresser à eux par voie impérative, les huissiers, les experts, les arbitres, les députés, les électeurs, les tuteurs, les gardes nationaux, les jurés, les soldats, etc., tout individu agissant, en un mot, autrement que comme *citoyen* et dans son intérêt privé, et même les contribuables qui, comme tels, concourent au service public de l'entretien du trésor national. — Il est bien entendu, cependant, que la loi ne s'adressera à eux impérativement que dans le cercle de leurs fonctions; hors de là le citoyen commence.

La division du domaine de la *législation* proprement dite (n° 15), en deux grands ordres de lois,

Ordre des LOIS PROHIBITIVES, concernant exclusivement les *citoyens*,

Ordre des LOIS IMPÉRATIVES, concernant exclusivement les *fonctionnaires*,

Avec des caractères bien distincts et parfaitement appropriés à la nature des activités juridiques qu'elles sont destinées à diriger, tel est, en résumé, le résultat de cette analyse.

Ainsi étudiées dans le but et le caractère de leur *dispositif*, il nous reste à examiner les lois dans leur force obligatoire et à connaître par là leur structure générale, afin d'y conformer nos formules de rédaction.

CHAPITRE V.

DES DIVERSES ESPÈCES DE LOIS ET DE LEUR CARACTÈRE SOUS LE RAPPORT DE LEUR SANCTION.

50. Les lois seraient des préceptes inutiles si elles n'étaient pas obligatoires. — Leur autorité dépend de leurs moyens de coaction. — Ces moyens sont, pour les lois *morales*, le remords et la déconsidération publique; pour les lois *physiques*, la douleur et l'impuissance; pour les lois *positives*, les peines. — Ils constituent ce qu'on nomme la *sanction*.
51. Toute sanction implique la *punition* de l'agent qui viole la loi, et la *réparation* du préjudice que cause cette violation; car le droit doit être rétabli sur tous les points où il a été lésé.
52. Méthode pour déterminer les moyens rationnels de la sanction des lois. — Résultats de l'application de cette méthode sur les deux ordres de lois, impératives et prohibitives.
53. I. SANCTIONS DES LOIS PROHIBITIVES. — Deux sortes de prohibitions. — Tableau des infractions possibles aux lois prohibitives: — 1° Délits publics: crimes, délits, contraventions. — 2° Délits privés: délits civils et quasi-délits. — 3° Contrats illicites. — 4° Contrats lésionnaires ou irréguliers. — Moyens de sanction. — Peines corporelles, afflictives, affectant le corps, les biens ou les droits; annulation des actes, réparations civiles, etc., etc.
54. II. SANCTIONS DES LOIS IMPÉRATIVES. — Tableau des infractions aux lois impératives; moyens de sanctions. — Peines ordinaires et disciplinaires; annulation d'actes, prise à partie, réparations civiles.
55. Résumé. — Sanctions spéciales des lois dites constitutionnelles. — Division et classement des lois sous le rapport du caractère de leur dispositif et de leur sanction.

50. On n'aurait de la loi qu'une notion incomplète, si après l'avoir considérée dans son principe, sa nature, son caractère

et sa fin, elle n'était pas envisagée sous sa forme réelle, dans sa structure générale, et par conséquent dans sa force extérieure de coercition.

Impération ou *prohibition*, la partie essentielle et vraiment constitutive d'une loi est celle dont nous nous sommes occupé dans le chapitre précédent, et que l'on désigne sous le nom de *précepte* ou celui plus pratique de *dispositif*.

La puissance morale, dont il est ou doit être toujours la manifestation, suffirait bien à elle seule à en assurer l'efficacité, si l'homme ne méconnaissait trop souvent les inspirations de sa propre sagesse. — Mais la passion parle-t-elle à son cœur que la loi inécoutée n'est plus qu'un verbe inutile ; *verba et voces* ; — la société exposée réclame une protection plus énergique.

Il a donc fallu armer le *précepte* d'une garde, rendre son *prescrit réellement obligatoire*, et opposer coups pour coups aux passions nuisibles une réaction prépondérante à leurs dangereuses incitations.

L'ordre logique des idées nous conduit ainsi à traiter de la force exécutoire des lois, et nous oblige à examiner en quoi elle doit consister et comment elle aura à se manifester dans leurs formules, à la suite de leur dispositif.

Quelques explications préliminaires sont indispensables sur ce point.

A remonter à l'origine supérieure de l'autorité effective des lois, *sensu lato*, on découvre d'abord la *Raison*, ce juge autonome dont les décisions puisent leur force coercitive à la fois, *en nous* et *hors de nous*.

En nous, par le *remords*, cet infatigable tourmenteur des consciences coupables ;

Hors de nous, par le *mépris public* qui voue à l'infamie tout agent de l'injustice ; — *hors de nous* encore, c'est la *nature*. Ne frappe-t-elle pas de *douleur*, *d'impuissance*, et quelquefois de *mort*, les excès que nos instincts et l'expérience condamnent (n° 30, § A).

Il en est de même de l'*Autorité positive*, elle a pourvu à l'efficacité de ses prescriptions par des coercitions extérieures qui en assurent l'exécution.

Ces moyens de contrainte qui réalisent ainsi la force obligatoire des lois *morales*, *naturelles* et *sociales*, c'est ce que la science a nommé leurs *SANCTIONS*.

51. SANCTION vient de *sanciri*, *sancior*, rendre saint et sacré. — Le sens qui s'attache par suite à cette expression indique une chose qu'on ne peut *violier impunément*. — *Impunément!* Si on bornait à cette idée la portée des sanctions des lois positives, on n'en comprendrait qu'à demi la justice et l'utilité.

Violier la loi, c'est se placer en dehors des limites qu'elle a tracées (V. p. 268), — c'est se mettre *hors le droit*. A ce point il n'y a plus, il ne peut plus même y avoir qu'excès et impuissance; l'individu perd tout appui, il tombe, *delinquit*, il tombe sous les coups de la *vindicta publique*, qui, réagissant alors sans merci pour rétablir l'ordre troublé, frappe le délinquant d'une *peine* qui puisse le faire se repentir, *illum pœnitere*, de son *délit* et en prévenir l'imitation et la récidive.

La société est satisfaite. — Ce n'est pas tout. — Les intérêts privés réclament encore, ici contre l'action actuelle du délit, là, contre les effets éventuels de l'injustice; il importe que la loi assure partout le rétablissement des droits¹, dont elle a garanti l'inviolabilité; et voilà pourquoi il ne suffit pas que la *violation des lois* soit *punie* dans son auteur, il faut qu'elle soit surtout *réparée* dans la victime.

Punition et Réparation : — telles sont les idées élémentaires que porte en soi et qui supportent l'idée synthétique du pouvoir sanctionnateur. — Toutes les théories sont d'accord sur ces deux points, on ne discute plus que sur les moyens pratiques d'en procurer l'application².

Sans entrer à ce sujet dans l'étude des difficultés qu'ont fait naître les intéressantes et graves questions qui concernent l'*amendement* des condamnés, l'*exemplarité* et la *nature* des châtiements³, constatons qu'il importe au *but juridique* des sanctions que le législateur *proportionne* le plus possible la *gravité* et le *mode des peines* à la *criminalité* des infractions, et concilie, dans une juste mesure, l'*action répressive* et l'*action réparatrice* des lois avec l'*importance des droits* que leurs dispositions protègent.

Ces principes rappelés, nous allons indiquer, fort en bref, quelles seront, à cet égard, les conditions générales des prin-

¹ Voir, sur le rétablissement de l'état du droit comme but des peines, Ahrens, *Cours de droit naturel*, p. 348.

^{2, 3} V. Ahrens, *loc. cit.*; — Rossi, *Éléments de droit pénal*; — Ortolan, *Droit criminel*.

cipaux *modes de coercitions*, qui assureront le mieux la puissance exécutive des lois.

52. Pour déterminer avec précision les sanctions les plus rationnelles¹ que chaque disposition de loi comporte, le procédé le plus sûr sera, d'après ce qui vient d'être dit, de proportionner les *peines* et les *réparations*

A l'intensité de l'énergie volontaire qui les produit,

Ainsi qu'aux *effets directs* ou *indirects* que leur accomplissement entraîne².

Nous nous sommes tour à tour placé à ces différents points de vue, et voici quels ont été les résultats de cette méthode d'appréciation appliquée aux deux grands ordres de lois, dont nous avons constaté l'existence et le caractère.

I. — DES LOIS PROHIBITIVES ET DE LEURS SANCTIONS.

53. Suivant l'intérêt général ou particulier, qui se trouve engagé sous leur protection, les lois prohibitives doivent d'abord se distribuer en deux classes, savoir :

Les prohibitions *absolues* ou d'ordre public ;

Les prohibitions *relatives* ou d'ordre privé,

Et les actes³ qu'elles prévoient se distinguer, d'après les *effets directs* ou *indirects* de leur commission :

A. — En *actes* ayant par eux-mêmes *des effets directs* (moraux ou matériels, mais appréciables), tels que les *crimes*, les *délits*, les *contraventions*, les *délits civils* et les *quasi-délits* ;

B. — En *actes* n'ayant par eux-mêmes que *des effets indi-*

¹ Une sanction rationnelle consiste à être si bien appropriée à la nature de l'infraction qu'elle a pour but de prévenir et de punir, qu'aucun autre ne puisse mieux assurer la soumission à la disposition qu'elle concerne.

² Toute infraction s'accomplissant par un *fait* soit actif, soit négatif, mais toujours déterminé par la volonté, la sanction devra répondre au *fait* par un *fait opposé*, la *réparation*, — à l'*intention criminelle* par une *intention répressive*, — l'action publique, — qui se produit dans l'application d'une peine et dans l'infamie qui en est la conséquence.

³ L'infraction à une loi qui défend un acte ne peut évidemment avoir lieu que par un acte ; toutefois, comme les lois publiques sanctionnent les lois privées des conventions, et défendent à cet effet de se refuser à leur exécution, il suit que la violation de la loi prohibitive peut, dans ce cas, s'accomplir par une inaction ou omission de l'acte dont le contrat impose l'obligation ; mais on peut dire ici de cette inaction, avec la maxime, *QUI NON FACIT quod facere debet, videtur FACERE adversus eas quæ non facit.* (De Reg. J.)

rects, c'est-à-dire ne pouvant réaliser en dernière analyse leurs *effets civils* que par le concours de la loi, ordonnant à l'autorité publique d'en protéger la force obligatoire et d'en assurer l'exécution forcée; nous voulons parler des *lois privées des citoyens*¹; tels que les *testaments*, les *donations*, les *contrats*, etc., et des *quasi-contrats*.

Ce qui, en tenant compte de l'intention qui les produit, donne la série suivante des *moyens possibles d'infractions* aux lois prohibitives :

a) — Pour les *actes défendus d'une manière absolue*; en vue de l'intérêt général,

1° Leur *commission* volontaire ou involontaire²; à *effets directs*, s'accomplira par ces faits positifs que désigne l'expression générale de *délits publics*³, comprenant les crimes, les délits aussi bien que les contraventions;

2° Et leur *commission* volontaire, à *effets indirects*⁴, par des conventions et autres actes contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public, ou passés en dehors des conditions et formes essentielles à leur validité.

b) — Pour les *actes défendus d'une manière relative*, en vue de l'intérêt privé,

1° Leur *commission* volontaire ou involontaire, à *effets*

¹ Nous entendons, par cette expression, tout acte émané de la volonté privée susceptible de recevoir des effets civils; ainsi le testament est la loi du testateur pour les héritiers qui l'acceptent, la donation celle du donateur et du donataire qui s'y soumet, etc., etc., nous l'avons déjà dit, V. note 3, p. 441.

² La commission involontaire des actes prohibés se rencontre dans les délits d'imprudence, et ces contraventions pour lesquelles l'intention n'est pas un élément constitutif, et qui sont punissables nonobstant la bonne foi de l'agent.

³ Cette expression n'a point ici la portée qui s'attachait à Rome à celle de *delicta publica*; elle indique seulement les infractions qui, touchant plus à l'intérêt public qu'à l'intérêt privé, doivent être poursuivis d'office par le ministère public.

⁴ Un contrat ne pouvant être que l'expression de la volonté des parties, on n'en saurait concevoir la formation comme *involontaire*. Les articles 1370 et suivants du Code Napoléon prévoient cependant des engagements formés sans conventions. Dans notre système, ces engagements résultent et ne peuvent résulter que de la volonté de la loi, qui impose accidentellement des fonctions aux particuliers, et les oblige ainsi à remplir certains devoirs. (V. p. 240, note 2.)

directs, s'accomplira également par des *faits positifs*; — (nous rangerons dans cette classé certains délits que l'on a nommés *délits privés*¹, ainsi que toutes actions illicites, qui, sans tomber sous les coups de la loi pénale, portent suffisamment atteinte aux droits d'autrui pour donner lieu à des réparations civiles; — on les désigne par les expressions de *délits civils*² et de *quasi-délits*, suivant le degré de *l'intention de nuire* qui les caractérise);

2° Et leur *commission* volontaire, à *effets indirects*, par des *actes* (tels que testament, donations, contrats) irréguliers, frauduleux ou lésionnaires³, et par les *quasi-contrats* entachés de mauvaise foi⁴.

Si nous recherchons maintenant les modes rationnels de *punition* et de *réparation*, dont chacun de ces moyens d'infraction est susceptible, nous aurons le tableau des sanctions que comportent les diverses dispositions des lois prohibitives, ainsi :

I. — Les sanctions des lois prohibitives concernant les *délits publics* devront consister, d'après les principes indiqués sous le n° 51,

1° En une *peine*⁵ dont le mal proportionné à la *gravité* de

¹ Par *délits privés*, il faut entendre ceux dont la poursuite intéresse plus les particuliers que l'ordre public, et dont la poursuite est, pour cette raison, subordonnée à la plainte des parties lésées.

² Le mot *délict* a, en droit civil, une signification différente de celle que lui attribue le droit criminel. Un *délict privé* est toute action illicite par laquelle on blesse sciemment et méchamment le droit d'autrui. — Cette action peut, ou non, être en même temps l'objet d'une disposition pénale : de là deux sortes de *délits privés* : 1° Le *délict privé pénal*, auquel seul au texte nous laissons le nom de *délict privé*; il donne lieu à l'application d'une peine et à des réparations et restitutions civiles. 2° Le *délict privé civil*, ou plus brièvement le *délict civil*, comme au texte, qui ne peut donner lieu qu'à des réparations ou à des restitutions civiles. — Pour la différence entre les *délits publics* et les *délits privés* spéciaux, comparer la note 2, p. 253, et la note précédente.

³ Il ne faut pas confondre les *actes lésionnaires* avec les *actes frauduleux*. — L'acte lésionnaire est celui qui, bien que réunissant les conditions de formes requises pour sa validité, est de nature à entraîner une lésion au préjudice de son auteur ou de l'un des contractants; l'acte frauduleux est celui par lequel un débiteur porte atteinte au droit de ses créanciers ou des tiers.

⁴ Les articles 1378 et suivants du Code Napoléon semblent prévoir les cas de quasi-contrats entachés de mauvaise foi.

⁵ Le Code pénal français distingue les peines en peines afflictives et infa-

l'acte et à la *perversité* de l'agent l'emporte sur les profits du délit, de manière à en prévenir la récidive ou l'imitation, et à *satisfaire l'ordre public*.

- 2° En une *réparation* équivalente au préjudice souffert ou au gain manqué (*damnum emergens* et *lucrum cessans*), de manière à *satisfaire les droits lésés*.

L'une sera infligée sur la poursuite d'office des magistrats auxquels aura été confiée la vindicte publique, l'autre sur la demande en justice des personnes dont les droits ont été violés.

II. — Les sanctions des lois prohibitives concernant les *délits privés*¹, les *délits civils* et les *quasi-délits* se réaliseront par les mêmes moyens, avec cette différence :

- 1° Que pour les *délits privés*, prévus par les lois pénales, l'application des peines sera *subordonnée à la plainte des parties lésées*; — Le législateur conséquent, avec la protection qu'il accorde, doit, en effet, laisser juges de l'opportunité d'une poursuite ceux qu'elle intéresse le plus, lorsqu'elle pourrait surtout n'être pas sans danger pour leur honneur et leur considération;

- 2° Et quant aux *délits civils* et aux *quasi-délits* (non prévus par la loi pénale), qu'ils ne pourront jamais donner lieu qu'à des réparations ou à des *restitutions civiles* plus ou moins rigoureuses, suivant que leurs auteurs auront ou non agi avec *intention de nuire*.

La vindicte publique n'a droit que sur l'intention criminelle qui viole les *droits publics* de l'ordre social, et il n'y a ici qu'une lésion de *droits privés*; la loi ne saurait donc, sans confondre avec la précédente *cette dernière catégorie de faits*, diriger contre eux l'action publique; toutefois il est à ce sujet une nuance dont elle devra bien tenir compte pour y approprier ses moyens de sanction.

Ainsi, — la lésion des droits est-elle le résultat d'un acte illicite, accompli avec une *intention méchante*? — *Malitiis non*

mantes, ou infamantes seulement, en peines correctionnelles et peines de simple police (art. 1 et 2 C. pén.). La doctrine les divise en peines frappant le coupable dans son corps, dans ses droits, dans ses biens. — Voir, sur la théorie des peines, Rossi, *Éléments de droit pénal*, et Ortolan, *Droit criminel*.

¹ Sur la différence entre les *délits privés* et les *délits civils*, voir notes 1 et 2 de la page précédente.

est indulgendum! — À tout dommage il faut un dédommagement, à toute *malice* une *peine*. — Et c'est ce que notre législation a parfaitement admis, lorsqu'elle condamne, en certain cas, l'auteur d'un *délit civil* à le réparer, en y ajoutant comme *peine civile* l'exécution de la condamnation par la voie de la *contrainte par corps*¹.

La lésion de droit n'est-elle simplement que le résultat d'une négligence involontaire²; d'une omission, d'une erreur, d'un défaut d'attention et d'intention? — Un préjudice sans perversité veut bien toujours un dédommagement pour celui qui a souffert, le rétablissement des droits et des choses dans leur premier état, mais pas davantage:

L'exigibilité des réparations et des restitutions civiles, par la voie de la *contrainte par corps*, distinguera donc très-logiquement et très-équitablement la sanction des lois répressives des *délits civils* de celles qui ont simplement pour objet la réparation des *quasi-délits*.

III. — La sanction des lois prohibitives, *absolues*, concernant les *actes à effets indirects*, se déduit non moins logiquement de la nature même des choses. — Le moyen le plus sûr d'en empêcher la violation ne sera-t-il pas d'abord de les rendre *impossibles*? — Or, les actes dont s'agit ne pouvant, lorsqu'on en

¹ La réparation du préjudice soit matériel, soit moral, causé par un délit, se résout en droit français en une indemnité pécuniaire, sauf en outre, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit. — Les condamnations qui accordent de pareilles indemnités sont, quel qu'en soit le montant, exécutoires par voie de contrainte par corps contre l'auteur et les complices du délit, lorsqu'elles sont prononcées à raison d'un *fait* incriminé par la loi pénale (art. 52 et 469 C. pén.). Comparez, loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps (art. 33 à 41) et loi du 13 décembre 1848 sur la contrainte par corps. — Quant aux condamnations prononcées à raison d'un *délit civil* qui n'est pas en même temps un *délit de droit criminel*, elles ne sont exécutoires par cette voie qu'autant que le juge a décerné la contrainte par corps, soit en vertu de dispositions spéciales de la loi, soit par application de l'article 126, n° 1, du Code de procédure. (V. l'article 2059 et suivants du Code Napoléon, pour les faits à raison desquels la contrainte par corps peut être ordonnée.) — La différence ici vient de ce que l'intention de nuire ne se présume pas dans les délits civils; elle doit être constatée par le juge. (*Cours de droit civil* d'après Zachariæ, t. III, 3^e édit., 1856, p. 542 et 543, § 445, par MM. Aubry et Rau.)

² On n'est responsable du dommage occasionné par quelque omission ou négligence qu'autant qu'une disposition de la loi ou d'un contrat impose l'obligation d'accomplir le fait omis.

conteste l'exécution, avoir une *existence légale* et produire leurs effets que par l'appui et le concours de la loi (§ B ci-dessus), la loi n'aura qu'à se retirer de ceux qu'elle proscriit ou qui violent ses dispositions pour les *annuler*, les frapper de mort ou plutôt *d'inexistence*. — Privés de force exécutoire, ils sont alors comme s'ils n'avaient jamais été, nuls et de nul effet.

C'est ainsi que le législateur pourra sanctionner, indirectement il est vrai, mais très-efficacement, par des *nullités radicales et absolues*, ses prohibitions *absolues* et d'ordre public.

IV. — Quant aux sanctions des lois concernant les actes à *effets indirects*, défendus seulement d'une manière *relative*; — le législateur devra appliquer le même procédé. — Toutefois, comme ces actes ne sont pas, ainsi que les précédents, *impossibles* et *illicites* en soi, qu'ils ne sont interdits que dans l'*intérêt des droits privés*, la loi ne devra leur refuser sa protection et se retirer d'eux que si celui en faveur de qui la prohibition est édictée vient réclamer contre les actes accomplis en lésion de ses droits. — Dans ce cas, et sur la constatation de leur invalidité, elle les déclarera *nuls* et de *nul effet* par l'organe des magistrats chargés de les apprécier.

Et c'est encore ainsi que par des *nullités*, mais des *nullités relatives*, le législateur pourra sanctionner non moins efficacement ses prohibitions *relatives* ou d'*intérêt particulier*.

II. — DES LOIS IMPÉRATIVES ET DE LEURS SANCTIONS.

54. Dans l'ordre des lois impératives se présentent aussi des infractions diverses, auxquelles la pratique législative devra également répondre par des sanctions efficaces et appropriées à leur caractère.

Ces infractions peuvent d'abord, comme dans le paragraphe précédent, se distribuer en quatre classes distinctes, d'après la *nature* et les *effets directs* ou *indirects* de leurs moyens de production. — Mais il n'y a pas de même ici à distinguer entre les actes prescrits dans l'*intérêt public* et ceux commandés dans un *intérêt plus secondaire*, puisque les *impérations* de la loi, quels que soient leur but et leur importance, sont toutes essentiellement, le mot le dit, d'*ordre public*, et constituent pour les fonctionnaires des devoirs également impérieux, *absolus* et obligatoires (p. 264), à partir de leur promulgation. — Mais il y aura du moins à

tenir compte de cette particularité que leur violation peut ici résulter soit de l'*inaction* de l'agent, — par l'omission ou le refus de faire ce qui lui était ordonné, — soit d'une *action autre ou contraire* de celle qui rentrait dans les devoirs de ses fonctions.

En déterminant ensuite, pour chacune d'elles, les *punitions* et les *réparations* qui peuvent le mieux et le plus rationnellement en prévenir les *effets* et le *retour*, on aura le tableau suivant des sanctions que comportent les lois impératives.

I. — Violation d'une disposition impérative par une *omission* ayant un *effet immédiat et direct*, telle que le refus ou l'oubli d'arrêter un criminel, de prendre les mesures prescrites pour empêcher sa fuite ou son évasion, etc., etc.

1° Si cette *omission* est *volontaire* elle constituera, suivant les cas, un délit particulier de forfaiture, de connivence, de complicité ou de favoritisme, comme disent les Allemands, et sera passible de *peines ordinaires et disciplinaires* plus ou moins graves.

2° Si elle est *involontaire*, le fonctionnaire qui, par oubli, négligence ou imprudence, a ainsi manqué à ses devoirs, devra être frappé de peines disciplinaires ou révoqué, s'il y a lieu, comme incapable de remplir ses fonctions.

Et si cette omission a occasionné un *préjudice*, le fonctionnaire en devra, dans tous les cas, *réparation*.

II. — Violation d'une loi impérative par une *omission* n'ayant par elle-même qu'un *effet indirect*, telle que l'omission d'un acte indispensable à l'enchaînement d'une procédure ou l'omission d'une formalité requise pour la validité de certains *actes* (procès-verbaux, testaments, contrats, exploits, jugements, actes de l'état civil, etc., etc.).

1° Quant aux *ACTES*, — cette omission devra, suivant les cas, entraîner leur *nullité relative* ou *absolue*, ou celle de la procédure, dont leur existence ou leur régularité était une condition essentielle (n° 53, III et IV, et § IV, p. 263).

2° Et quant aux *FONCTIONNAIRES*, — elle constituera :

a) — Si elle est *volontaire* et s'ils ont agi de mauvaise foi, une *faute* passible de *peines ordinaires* ou *disciplinaires* plus ou moins graves, selon la gravité et la conséquence de ses résultats ;

- b) — Si elle est *involontaire*, par suite d'ignorance, d'erreur ou d'oubli, ce sera une *faute légère* qui devra donner lieu cependant à des observations hiérarchiques, quelquefois même à des disgrâces ou à une révocation pour insuffisance ou incapacité du titulaire.

Dans l'un et l'autre cas, la *réparation du préjudice causé* par l'omission se réalisera soit par la rectification, la réformation ou l'annulation, dans l'intérêt de la loi ou des particuliers, des actes ou des procédures irrégulières, soit par la condamnation des fonctionnaires responsables au paiement des frais des procédures annulées ou à recommencer (art. 415 C. d'inst. crim.), ou à des dommages-intérêts au profit des tiers intéressés. Et la loi pourra même, en cas de dol, de fraude et d'abus, en autoriser la demande par la voie de la *prise à partie* et l'exécution au moyen de la *contrainte par corps*.

III. — Violation d'une loi impérative par une *action différente* ou *contraire* de celles qui constituaient les devoirs fonctionnels, et ayant par elles-mêmes des *effets immédiats et directs*, telle que la *commission* d'actes qui ne lui étaient pas ordonnés ou qui lui étaient ordonnés dans des conditions ou des circonstances différentes (actes arbitraires, excès de pouvoir), — ou que le fonctionnaire était lui-même chargé de prévenir et de réprimer.

- 1° Ces actions, si elles sont *volontaires* et entachées d'*intention criminelle* ou de *mauvaise foi*, constitueront des crimes, des délits ou des contraventions passibles de *peines ordinaires* plus ou moins graves;
- 2° Si elles sont *involontaires*, en cas, par exemple, d'ignorance ou de folie, ou volontaires, mais *sans intention de nuire et sans mauvaise foi*, elles entraîneront des *peines disciplinaires* et même la révocation, s'il était par là constaté que le fonctionnaire est *incapable* de continuer ses fonctions.

Dans tous les cas, la *réparation du préjudice causé* donnera lieu à des dommages-intérêts; et la loi pourra, lorsqu'il y aura eu dol, fraude ou abus du ministère ou forfaiture, en autoriser la demande par la voie de la *prise à partie* et l'exécution au moyen de la *contrainte par corps*.

IV. — Violation d'une loi impérative par des *actes également différents* ou *contraires* de ceux qui constituent les devoirs fonc-

tionnels, mais n'ayant par eux-mêmes que des *effets indirects*, tels que l'accomplissement ou la passation d'un acte *non commandé*, ou d'une formalité non prescrite dans cet acte, ou accomplis dans des circonstances ou des conditions autres que celles de la loi, ou encore l'exécution de la loi par d'autres moyens que ceux indiqués par elle, ou l'application erronée de ses dispositions, etc., etc.

1° Quant aux ACTES ainsi accomplis *en dehors des conditions de la loi*, pas de difficulté; — la loi ne saurait en reconnaître la validité. — Elle se retirera d'eux, ainsi qu'il est dit aux §§ III et IV du n° 53, et leur refusera tout effet juridique, en ordonnant aux magistrats chargés de les apprécier d'en prononcer la rectification ou l'annulation, en tout ou en partie, dans l'intérêt de la loi ou des particuliers.

2° Et quant aux FONCTIONNAIRES, il faut distinguer :

- a) — S'ils ont agi de *bonne foi par erreur, ignorance* ou *folie*, les circonstances pourront justifier soit de simples observations hiérarchiques, pour les ramener à la stricte observation des lois, soit des *peines disciplinaires*, soit la révocation pour *incapacité*.
- b) — Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'ils ont agi *volontairement, de mauvaise foi, par dol, fraude* ou *abus de ministère*, leur coupable excès de pouvoir et leur arbitraire seront passibles de *peines ordinaires* ou *disciplinaires* plus ou moins graves, suivant la gravité des violations.

Dans tous les cas, la *réparation du dommage causé* donnera lieu soit à la réformation ou à l'annulation des actes ou des procédures irrégulières, soit à la condamnation du fonctionnaire, au paiement des frais frustratoires ou de ceux des actes ou des procédures annulées ou à recommencer, ainsi qu'à des *dommages-intérêts* au profit des tiers intéressés, lesquels pourraient agir contre le fonctionnaire responsable, par la voie extraordinaire de la *prise à partie*, s'il y avait eu *dol, fraude* ou *abus de ministère*, sans préjudice de la *contrainte par corps*, qui pourrait en certains cas être prononcée.

55. On voit par ce rapide exposé que les moyens de sanction, par lesquels les lois peuvent rationnellement assurer leur force obligatoire, se résument tous :

- | | | |
|----------------------------|---|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1° en des
peines : | } | 1° <i>personnelles et directes</i> , atteignant l'auteur des infractions à <i>effets directs</i> , dans son corps, dans ses droits ou ses biens. — Peines ordinaires ou disciplinaires, dont l'application fait l'objet des lois dites <i>lois pénales</i> . |
| | | 2° <i>indirectes</i> , atteignant les infractions à <i>effets indirects</i> par la <i>nullité</i> relative ou absolue des actes destinés à en effectuer le profit. — Leur application fait l'objet des lois dites <i>lois civiles et lois de procédure</i> . |
| 2° en des
réparations : | } | 1° soit par le rétablissement réel des droits violés, <i>restitution, réparations, rétablissement des lieux, etc.</i> |
| | | 2° soit par équivalent ou <i>dommages-intérêts</i> , calculés d'après le préjudice causé, avec ou sans exécution, par voie de la contrainte par corps. — Leur application fait l'objet des lois <i>civiles en forme de lois pénales</i> . |

Telle est la théorie rationnelle en matière de lois positives proprement dites, de lois règles d'action. — Elle n'a pas été, il faut le reconnaître, toujours bien exactement mise en pratique par notre législation, aussi nos Codes abondent-ils en dispositions imparfaites et en prescriptions sans autorité.

III.

56. Quant aux *institutions constitutionnelles*, que l'on a bien à tort gratifiées du nom de *lois* (n° 47), et qui, déterminant le but social, en ont *exclusivement* confié la réalisation aux grands Pouvoirs de l'État; — comme elles ne peuvent être violées que par les lois ou les actes de ceux-là même qui sont chargés du développement des principes constitutionnels, — leurs moyens de sanctions ont varié suivant les constitutions qui ont régi la France.

Toutefois on peut reconnaître que depuis le *système brutal de l'insurrection*, proclamé en 1793¹ comme le *plus saint des*

¹ Constitution du 24 juin 1793. « Art. 5. Quand le gouvernement viole les » droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque partie du » peuple le plus sacré des droits, le plus saint des devoirs. » — Les Constitutions qui suivirent n'adoptèrent pas toutes un aussi terrible moyen de sanction. On peut cependant reprocher à quelques-unes d'elles d'en avoir admis le principe, malgré le soin que l'on avait pris de le dissimuler sous des formules pacifiques, il est vrai, mais néanmoins très-dangereuses. Ainsi la Constitution de l'an III porte, dans son article 377, « que le peuple français remet » le dépôt de la Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire » exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au *courage de tous les Français*. » — La Charte de 1830 (art. 36) et la Constitution de 1848 (art. 110) se confièrent également au *patriotisme et au courage de la garde nationale et de tous les citoyens*. — C'était toujours, en d'autres

devoirs, jusqu'à la *déclaration pacifique* du peuple appelé à se prononcer dans ses comices sur les actes du gouvernement ou l'exécution du mandat législatif de ses députés, on doit, dis-je, reconnaître que quel qu'en soit le mode, les sanctions des *institutions constitutionnelles* ne se peuvent, en dernière analyse, concevoir comme efficaces que par l'intervention directe de la puissance de qui relèvent tous les pouvoirs, LA NATION; — et l'on voit que ces institutions différant ainsi *toto cælo*, sous ce rapport comme sous tous les autres, des LOIS proprement dites, des *lois règles d'action*, leur rédaction ne saurait, nous l'avons déjà fait remarquer, comporter les mêmes règles (n° 47).

57. Ajoutons enfin, pour revenir à la terminologie des divisions usuelles, que ces dernières lois peuvent, au double point de vue de leur *dispositif* et de leurs *sanctions*, se distribuer en deux ordres, dans sept catégories, de la manière suivante :

1° Lois prohibitives	1° à sanctions (indirectes sur les actes.)	de nullité	{ Lois civiles d'in-	} Lois civiles.
		absolue.		
		de nullité	{ Lois civiles d'in-	
relative.	térêt privé.			
2° Lois impératives	2° à sanctions (mixtes.)	réparatives.	{ Lois civiles en	} Lois de procédure.
			formes pénales	
	3° à sanctions (directes sur les agents.)	pénales sur	{ Lois pénales	} Lois pénales.
		plainte.	d'intér. privé.	
		pénales d'of-	{ Lois pénales	
4° à sanctions (directes sur les agents.)	flice.	d'intérêt gén.	} Lois pénales et disciplinai- res.	
	pénales des	{ Lois pénales et		
5° à sanctions (indirectes sur les actes.)	fonction-	disciplinai- res.	} Lois de procédure.	
	naires.			
		de nullité	{ Lois de procé-	} Lois de procédure.
		d'actes ou		
		de procé-		
		dures.		

et se former ainsi en trois grands corps de lois :

termes, un appel à la force brutale de l'insurrection. — L'auteur de la Constitution actuelle est revenu à un système plus rationnel : — distinguant avec raison entre les Pouvoirs qui se trouvent en position de la violer, il l'a protégée :

1° Contre les entreprises du *Pouvoir législatif*, en chargeant le Sénat, gardien du pacte fondamental, d'annuler les *lois inconstitutionnelles*, et de s'opposer à leur promulgation et à leur exécution (art. 26).

2° Contre le chef du *Pouvoir exécutif*, en réservant au peuple, auquel il a toujours droit de faire appel (art. 5), l'approbation des modifications de la Constitution (art. 32) et la ratification des actes par lesquels l'exécution en aurait été suspendue par mesure de salut public.

- 1° Corps des *lois civiles* ;
- 2° Corps des *lois pénales* ;
- 3° Et corps des *lois de procédure*.

Cette classification préalable se justifiera mieux plus loin.

CHAPITRE VI.

RÉSUMÉ DES PRINCIPES ET TRANSITION.

- 58. Utilité d'un résumé de principes comme transition à un ordre d'idées plus pratiques.
- 59. Notre système est assis sur une base inébranlable : — la nature de l'homme, de la société et des lois.
- 60. De la nature des lois se déduit leur distribution en différentes catégories. — Triple division de lois en lois civiles, lois de procédure et lois pénales.
- 61. La nature des rapports que les lois sont appelées à régir confirme et justifie cette division. — Trois sortes de rapports possibles dans l'état social : rapports des citoyens à citoyens ; — rapports des citoyens à fonctionnaires, et réciproquement ; rapports des citoyens et des fonctionnaires avec l'être moral la société, l'ordre public.
- 62. Il vaut mieux que les lois soient exécutées et respectées parce qu'elles sont utiles et justes que parce qu'elles sont terribles. — Il est donc logique d'exiger que les lois soient rédigées de manière à ce qu'on n'en puisse ignorer ni le sens, ni la portée, ni la sagesse. — Ce qui est possible par la rédaction des lois suivant des formules rationnelles et la promulgation des motifs qui les ont inspirées.
- 63. Et nous sommes ainsi amenés à traiter de l'*exposé des motifs* des lois, des *définitions légales* et des *formules rationnelles* suivant lesquelles chaque disposition législative devra se rédiger.

58. Arrivée à ce point de notre démonstration, la pensée éprouve comme un besoin de se reprendre aux principes, de mesurer l'espace parcouru, de viser à nouveau la fin qu'elle se propose, afin de ne pas s'égarer dans la recherche des moyens.

Comme trait d'union entre les parties divisées de cette étude, qu'il nous soit donc permis de relier, par un résumé rapide, les points culminants des propositions précédentes ; de grouper, dans un champ plus resserré, les principes et leurs corollaires, et de mettre ainsi mieux en relief le syllogisme inaperçu qui doit en être la synthèse.

Cet examen rétrospectif aura d'ailleurs cet avantage de nous révéler ce qu'il nous reste à parcourir du cercle logique que nous nous sommes tracé, et de nous servir de transition pour entrer dans un courant d'idées plus pratiques.

- 59. Un système ne peut être réellement puissant qu'à la con-

dition d'être fortement assis sur des bases inébranlables. — Le nôtre, à cet égard, ne laisse rien à désirer; — la conscience même du droit est sa pierre angulaire, et se fonde de déductions en déductions :

1° Sur la *nature de l'homme*. — Intelligente, libre et sociale, l'activité individuelle est le principe et la fin des lois. — La *Liberté*, élément initial d'action et de réaction excité par les *Passions*, causes de dérèglements, enfin ramené par l'autorité régulatrice de la *Raison*, *con-sent le droit* et pratique la *justice*. — Organisme admirable, forme sublime sur laquelle la société a modelé ses États.

2° Sur la *nature de la société*. — Constituée par la réunion de deux réalités juridiques, la *liberté des citoyens* et la *dépendance des fonctions*, l'*Autorité sociale* forme avec elle comme une troisième puissance, dont la vie complexe réalise le développement magnifique des droits et des devoirs des deux autres, par le progrès matériel et moral de chacune de nos facultés.

3° Sur la *nature des lois*. — *Règles coercitives* d'action formulées par l'autorité positive qui *défend* aux citoyens les actes contraires, *commande* aux fonctions les actes utiles à l'accomplissement du but social, et organise ainsi l'*ordre* qui fait la force, la *force* qui protège l'exercice du *droit*.

Ce sont là, il ne faut pas l'oublier, les idées premières et fécondes sur lesquelles porte tout notre système; elles tiennent en germe les moyens techniques d'application. — En voici d'abord, à cet effet, les conséquences utiles.

60. La loi étant une *règle coercitive* d'action implique nécessairement deux parties :

1° La *règle* qui dirige un pouvoir d'action, qui détermine le but de son énergie, le *dispositif*;

2° La *coercition* qui oblige et contraint le pouvoir d'action à agir suivant la règle, c'est la *sanction*.

Nous avons ensuite reconnu, en regard de ces *pouvoirs d'action* considérés comme sujets de la loi :

1° Que tout *dispositif* ne pouvait se manifester autrement que sous une forme *impérative* ou *prohibitive*, suivant la nature libre ou subordonnée du *pouvoir* dont il avait à diriger les *actions*;

2° Que toute *sanction* se produisait rationnellement avec un caractère *afflictif* ou *réparateur*, *pénal* ou *civil*, suivant le caractère du dispositif dont elle devait assurer l'exécution.

3° Et que les lois, d'après les caractères de leur dispositif et de leur sanction, se distribuassent tout naturellement en trois corps bien distincts, savoir : — corps des *lois civiles*, corps des *lois pénales* et corps des *lois de procédure*.

61. Au point de vue des rapports que la législation est appelée à régler dans l'ordre social, cette division se justifie et son exactitude se confirme.

Toute loi suppose un *but*, un *pouvoir* qui le poursuit, un *peuple* qui l'accepte et une *société* qui les rapproche et les met en relation. — De là des *rapports de droit*, de *devoirs* et de *justice*.

Si mobiles et si ondoyants qu'on les suppose et qu'ils soient en effet, ces rapports n'étant possibles qu'entre des réalités juridiques, c'est-à-dire, les *citoyens*, les *fonctionnaires* et cette grande réalité non moins vivante que l'on nomme la *société*, on ne saurait en concevoir d'autres en dehors :

1° Des rapports de *citoyens à citoyens*, dans les relations de la vie privée, civile, industrielle, etc., etc.

2° Des rapports de *citoyens à fonctionnaires*, et réciproquement, dans les relations administratives, judiciaires, etc.

3° Des rapports *des citoyens et des fonctionnaires* avec la *société*, relativement au maintien de l'ordre public, par l'exécution et l'observation des lois.

Et nous arrivons ainsi, par une nouvelle voie, à la division tripartite ci-dessus :

1° Des *lois prohibitives* réglementaires des *rapports de citoyens à citoyens*, dans les diverses carrières où leur activité s'engage. — Ces lois, se subdivisant en différents Codes, suivant les ordres d'intérêts qu'elles auront à protéger, formeront le corps ou recueil des **LOIS CIVILES**.

2° Des *lois impératives* réglementaires des *rapports des citoyens avec les fonctionnaires*, et de ceux-ci avec les citoyens. — Ces lois sont comme les sanctions des précédentes; elles tracent la marche suivant laquelle les citoyens et les fonctionnaires auront à *procéder* pour en obtenir le bénéfice, la protection, ou en réaliser la force obligatoire, et pour cette raison sont dites **LOIS DE PROCÉDURE**.

3° Des lois *prohibitives et impératives* réglementaires des *rapports des citoyens et des fonctionnaires* avec l'être moral et collectif, la *société*, agissant par la puissance des lois pour la conservation de l'ordre public. — Ces lois ayant surtout pour but

d'assurer la force obligatoire de toutes les autres, et d'organiser le système général de leur pouvoir *sanctionnateur*, composent le corps des LOIS PÉNALES.

62. Mais ce n'est pas tout, pour assurer la stricte observation des lois, d'organiser, par la vindicte publique, la *force exécutive* de leur prescription, et d'instituer une *procédure* et des pouvoirs, à l'effet d'en procurer l'application, car il vaut mieux qu'elles soient respectées et observées, parce qu'elles sont *justes* et *utiles*, que parce qu'elles sont *terribles* ou *inévitables*.

Il n'est donc pas indifférent à l'autorité des lois qu'elles se révèlent tout d'abord aux regards et à l'entendement de la foule, dans des conditions telles de manifestation que nul n'en puisse ignorer l'existence, en méconnaître le sens et contester la sagesse et les bienfaits, — en d'autres termes il faut, avant d'exiger l'exécution des lois, qu'elles soient certaines et intelligibles, en un mot, *réellement promulguées*.

La première condition de la certitude des lois, c'est de les écrire (n° 1) ; — la seconde, qu'elles soient *bien* écrites (n° 2), — c'est-à-dire clairement rédigées, dans un langage entendu de tous ; — la troisième, que la formule de leur rédaction ne laisse aucun doute sur la nature, le caractère et la portée de leurs dispositions.

Mais cette intelligence exacte de la loi n'étant possible que par la connaissance de son origine et de sa fin, n'est-il pas rationnel de conclure que pour en bien saisir l'esprit et la portée il sera indispensable d'en exposer à tous les *motifs* et les *principes* ?

La promulgation effective des lois nous paraît devoir dès lors exiger, pour être complète, une double publication :

1° Une *publication réelle*¹, par la *lettre* claire et précise de la formule destinée à en manifester l'existence matérielle *aux yeux* de tous.

2° Une *publication intellectuelle*, par l'exposition des raisons qui en démontreront la *justice* et l'*utilité* à l'*intelligence* de tous.

Alors sera vraie cette présomption trop souvent cruelle, *nemo censetur ignorare leges*.

63. Mais une pareille promulgation demande :

1° Pour la *lettre*, des phrases ; les phrases, des mots clairs,

¹ V. dans les œuvres de Bentham (t. I, p. 246) les moyens de publication matérielle que propose ce publiciste pour la promulgation des lois (édit. belge, 3^e édit., 1840).

précis, identiques à la pensée qu'ils auront à exprimer, en d'autres termes, des *mots définis* et des *phrases rationnelles*.

2° Pour *l'esprit*, la connaissance des *motifs* historiques, politiques et moraux de la loi et de ses *principes juridiques*.

Et nous sommes ainsi conduits à traiter :

1° De L'EXPOSÉ DES MOTIFS ET DES PRINCIPES DES LOIS, de leur utilité, de leur forme et de leur introduction dans le livre des lois.

2° DES DÉFINITIONS LÉGALES, de leur utilité, de leur *autorité* et de leur introduction dans les Codes.

3° DES FORMULES RATIONNELLES, suivant lesquelles les lois doivent être rédigées.

Ce seront là les sujets des trois chapitres qui vont suivre.

G. ROUSSET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

RÈGLES DE DROIT ET DE MORALE

TIRÉES DE L'ÉCRITURE SAINTE ,

MISES EN ORDRE ET ANNOTÉES

PAR M. DUPIN, PROCUREUR GÉNÉRAL A LA COUR DE CASSATION.

Compte rendu par M. F. LAFERRIÈRE, de l'Institut.

Bossuet, dans la politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte, a fait un travail de génie sur le gouvernement et la société. D'Aguesseau, dans les instructions à son fils, lui a donné le conseil d'extraire des livres sacrés tous les endroits qui regardent la *vie civile et chrétienne*, de les ranger par ordre, d'en faire un corps de morale qui lui soit propre. En donnant le précepte, il a exprimé le regret de ne l'avoir pas mis personnellement en pratique. M. Dupin n'a pas eu le même but que Bossuet de faire l'éducation des princes avec les saintes Écritures. Mais jeune, il avait commencé à suivre pour lui le précepte du chancelier d'Aguesseau, et, dans les loisirs laborieux de cette verte vieillesse, que le poète appelle si bien *prima et recta senectus*, il a recueilli, traduit, mis dans un ordre lumineux et annoté les textes les plus expressifs de l'Ancien et du Nouveau Testament sur les règles de droit et de morale, et sur les lois mosaïques de l'ordre civil et criminel.

Le livre qu'il vient de publier renferme ainsi deux parties

distinctes : l'une, comprenant les notions générales sur Dieu, les puissances, les lois, la justice et les juges, peut servir d'introduction à toutes les législations européennes, à tous les traités de philosophie du droit; l'autre, par les textes relatifs au droit civil et criminel, peut offrir avec la législation moderne des rapprochements que le savant magistrat a fait ressortir avec soin. Il peut même en offrir d'utiles et de plus féconds peut-être pour l'histoire du droit, que l'auteur ne s'était pas proposé de mettre également en lumière.

C'est à quelques-uns de ces points de vue qu'il faut se placer pour apprécier l'importance de la nouvelle publication.

I.

Dans les prolégomènes se trouvent les plus beaux textes sur la justice; et l'on est frappé de la ressemblance du style de l'Écriture avec le langage de Cicéron inspiré par la philosophie grecque, ou celui des jurisconsultes romains. Ulpieu définit la justice : « constans et *perpetua* voluntas jus suum cuique tribuendi; » le Sage, dans l'Écriture, dit : « *Justitia perpetua* est et immortalis. » Cicéron, dans la République, dit : « *Justitia foras spectat* et *projecta tota* est et *eminet*; » le Psalmiste dit : « *Justitia de caelo prospexit.* » — Et de même que Cicéron et les jurisconsultes de l'école stoïcienne professaient le principe que rien d'humain ne doit être étranger à l'homme, qu'il importe à l'homme de s'attacher l'homme par ses bienfaits¹, que certains contrats tiraient leur origine des devoirs de l'amitié, ou contenaient en eux le droit de fraternité², l'Écriture sainte associe toujours la miséricorde et la justice, la justice et la paix, les lois et l'humanité : « Constitue legislatorem super eos ut sciant gentes quoniam *homines sunt* »³; — *misericoordia et pax obviaverunt sibi; justitia et pax oculatedæ sunt*⁴ — *Æquum judicium sit inter vos, sive peregrinus, sive civis*⁵. — *In judicando esto pupillis misericors, ut pater; et pro viro matri illorum*⁶. » Nous pourrions multiplier les citations et les rapprochements; mais pourquoi? N'est-il pas évident que tous les grands principes dérivent d'une même source, que l'humanité se rattache au père commun des hommes, et que l'identité de

¹ Beneficio adfici hominem interest hominis. (Dig., XVIII, 7, 7.) Papinian.

² Dig., De mandato; De societate.

³ Psalm., IX, 21. — Règles de droit et de morale, n° 152.

⁴ Règles, 173.

⁵ Règles, 197.

⁶ Règles, 201.

source et d'origine devait produire chez les diverses nations l'identité de principes, de sentiments et d'expression : *Sciant gentes, quoniam homines sunt?*

Lorsque les textes de l'Écriture se rapportent à l'organisation de la société, aux formes de gouvernement, la même généralité ne peut pas toujours exister dans les principes ; et là il faut distinguer les nations, les époques. M. Dupin a réuni, sur les rois et les puissances, des textes assez nombreux, en choisissant les préceptes les plus généraux, les règles de tous les temps. Sous ce rapport son recueil s'éloigne de l'ouvrage de Bossuet, non-seulement par la forme, mais aussi par l'esprit politique. Bossuet, en écrivant pour l'héritier présomptif de la Couronne la politique tirée de l'Écriture sainte, ne se séparait point du XVII^e siècle, de la monarchie de Louis XIV, et il déclarait que le pouvoir royal devait être *absolu* sans être *arbitraire*. Il attachait à cette distinction une haute importance, et on la retrouve exprimée et développée dans l'*Essai philosophique sur le gouvernement civil*, par Fénelon, de la manière suivante :

« Il faut nécessairement que tout gouvernement soit absolu.
 » Je n'entends point, par *absolu*, un pouvoir *arbitraire* de faire
 » tout ce qu'on veut, sans autre règle que la volonté despotique
 » d'un seul ou de plusieurs hommes. À Dieu ne plaise que j'at-
 » tribue un tel pouvoir à la créature, puisque le souverain Être
 » ne l'a pas lui-même. Son domaine absolu n'est pas fondé sur
 » une volonté aveugle ; sa volonté souveraine est toujours réglée
 » par la loi immuable de sa sagesse. Par le pouvoir *absolu* je
 » n'entends autre chose qu'une puissance qui juge en dernier
 » ressort. Dans tout gouvernement il faut qu'il y ait une telle
 » puissance suprême ; car puisqu'on ne peut pas multiplier les
 » puissances à l'infini, il faut absolument s'arrêter à quelque
 » degré d'autorité, supérieur à tous les autres, et dont l'abus
 » soit réservé à la connaissance et à la vengeance de Dieu
 » seul¹. » — « L'autorité royale est absolue (dit Bossuet avec
 » plus de concision) ; pour rendre ce terme odieux et insup-
 » portable, plusieurs affectent de confondre le gouvernement
 » *absolu* et le gouvernement *arbitraire* ; mais il n'y a rien de
 » plus distingué, ainsi que nous le ferons voir lorsque nous
 » parlerons de la justice². »

M. Dupin, avec les idées politiques de notre époque, ne pouvait pas se contenter de cette distinction, et il fait ses réserves pour la doctrine du pouvoir monarchique limité par des institutions. — « Le gouvernement *absolu*, dit-il, ne peut-il pas, comme

¹ *Essai philosophique*, p. 26.

² Bossuet, *Politique*, liv. IX, art. 1^{er}.

on l'a vu sous Louis XIV lui-même et sous Louis XV, devenir le gouvernement *arbitraire*? et, dans ce cas, quel peut être le remède en l'absence de toute institution destinée à servir de frein à cette locomotive emportée¹? » — Le XIX^e siècle dira comme M. Dupin : Il faut des institutions et des garanties constitutionnelles ; mais il n'en est pas moins vrai que la Politique tirée de l'Écriture sainte, tout en professant la doctrine du pouvoir absolu, contenait de fortes barrières et les seules possibles alors contre les abus du pouvoir arbitraire. Plusieurs écrivains (et certes il serait tout à fait injuste de placer M. Dupin parmi eux) ont regardé la politique sacrée comme le Code du pouvoir *absolu* pris dans le sens de *despotisme*. C'était une grave méprise sur l'esprit de cette vaste production et une injure au caractère de Bossuet. Le livre de la Politique sacrée est un monument complet de législation morale, politique, sociale ; et Bossuet est si peu enclin à favoriser le despotisme qu'il reconnaît formellement, dans la monarchie, des *lois fondamentales* que le monarque ne peut jamais violer. Seulement au lieu de chercher le frein du pouvoir royal dans d'autres pouvoirs, il le trouve dans l'ordre moral et divin. Le respect pour la loi est le premier précepte qu'il donne au prince, et tout en déniaut au peuple le droit d'insurrection écrit dans des chartes du moyen âge, il avertit les rois cependant que les peuples, à bout de patience, ébranlent les puissances terrestres et renversent les trônes. — Quant à la souveraineté du peuple, établie comme doctrine et invoquée dès le XVII^e siècle par le ministre Jurieu, il n'y voit que l'état d'*anarchie*, « où la raison ne peut rien, parce que » chacun appelle raison la passion qui le transporte, où le droit » même de la nature demeure sans force, parce que la raison » n'en a point, où par conséquent il n'y a ni *propriété*, ni » *domaine*, ni *bien*, ni *repos assuré*, ni à vrai dire *aucun droit*, » si ce n'est celui du *plus fort*². » Aux yeux du grand évêque, le souverain ce n'est pas le peuple, ce n'est pas même le roi ; c'est Dieu ! Et il place les rois sous la justice permanente de ce juge suprême. Rien n'est moins propre à favoriser le despotisme que l'esprit de la politique sacrée. On sent au contraire, en lisant ce traité dogmatique sur le gouvernement de la société, sur l'inviolabilité des lois fondamentales, sur le respect de la religion, de la justice, des droits de famille et de propriété privée, que Bossuet s'était élevé à toute la sublimité de sa mission pour former le cœur et l'esprit d'un roi de France. Si l'on

¹ *Règles de droit et de morale*, Introduction.

² Ces idées sont développées surtout dans le 5^e Avertissement aux Protestants, n^o 49, en réponse au ministre protestant Jurieu.

veut juger de toute la grandeur de cette composition, il faut la comparer aux Instructions et aux Mémoires de Louis XIV; c'est là que le pouvoir *arbitraire* se confond avec le pouvoir *absolu*, et l'idée de despotisme avec celle de monarchie. Le roi, dans ces mémoires, est le maître de tout, même des biens de ses sujets.

Voici, au contraire, quelques-unes des propositions du livre de Bossuet :

« L'amour de Dieu oblige les hommes à s'aimer les uns les autres.

» Tous les hommes sont frères.

» Dans un gouvernement réglé, chaque particulier renonce au droit d'occuper par force ce qui lui convient.

» Il faut joindre les lois au gouvernement pour le mettre dans la perfection.

» Il y a des *lois fondamentales* qu'on ne peut changer. Il est même très-dangereux de changer, sans nécessité, celles qui ne le sont pas.

» Le gouvernement est un ouvrage de raison et d'intelligence. — Le prince doit aimer la vérité.

» Dieu est le vrai roi.

» Sous un Dieu juste, il n'y a point de pouvoir *purement arbitraire*.

» La justice est le vrai caractère du roi.

» Dans ce gouvernement de justice, les personnes sont libres; la propriété des biens est légitime et inviolable.

» Les rois doivent respecter leur propre puissance et ne l'employer qu'au bien public. — Le véritable intérêt du prince est celui de l'État.

» Le prince doit penser de grandes choses; les pensées vulgaires déshonorent la majesté. — Les pensées royales sont celles qui regardent le bien général.

» L'autorité royale est paternelle, et son propre caractère c'est la bonté.

» La bonté est une qualité royale et le vrai apanage de la grandeur.

» Dans le peuple, ceux à qui le prince doit le plus pourvoir, sont les faibles.

» Le vrai caractère du prince est de pourvoir aux besoins du peuple, comme celui du tyran est de ne songer qu'à lui-même. — La bonté du prince ne doit pas être altérée par l'ingratitude du peuple.

» Les princes sont faits pour être aimés. »

Les deux volumes de Bossuet sont remplis de pareilles maximes, développées et démontrées à l'aide des textes de

l'Écriture. En faisant ici quelques citations, nous avons voulu prévenir toute fausse interprétation sur cette politique sacrée, où l'esprit de l'Évangile s'associe aux règles de la loi mosaïque pour sanctifier le pouvoir par ce qu'il y a de plus pur et de plus élevé dans le dévouement à l'intérêt du peuple et de la patrie. — Si la réunion des textes dans le livre de M. Dupin ne porte pas, à l'égard des puissances et sur la forme du gouvernement, le caractère politique qui est empreint dans l'œuvre de Bossuet, le but est le même, en définitive, dans les deux ouvrages : c'est de donner pour base à la politique humaine les vérités morales et sociales de la politique sacrée. Les textes recueillis et annotés par M. Dupin sont beaux et dignes de la source où ils sont puisés ; mais quelquefois cependant ils sont moins expressifs que les règles mêmes déduites par Bossuet de ses profondes méditations sur les livres saints, tant le grand évêque se pénètre de l'esprit qui, seul, peut *se glorifier de faire la loi aux rois!*

Passons à la seconde partie, le droit civil et criminel.

II.

Nos recueils de droit romain contiennent une *Collatio legum romanarum et mosaicarum* qui présente une comparaison partielle des lois romaines et des lois mosaïques. Cette collection a été faite par quelque juriste du V^e siècle, à l'époque de la publication du Code Théodosien, qui renfermait les seules constitutions des empereurs chrétiens jusqu'à Théodose le Jeune. La *Collatio legum* avait pour objet de rendre sensibles les rapports des saintes Écritures et des lois romaines, afin, sans doute, de fortifier l'alliance du christianisme et du droit. Telle que nous la possédons, la *Collatio legum* ne rapproche que des textes relatifs au droit criminel, sauf un seul titre, le dernier mais le plus important, sur les successions légitimes. En s'occupant des successions légitimes seulement et non des successions testamentaires, le compilateur s'éloignait du droit civil romain, qui mettait en première ligne l'institution d'héritier par la volonté de l'homme, et il révélait son intention de venir en aide à la doctrine et aux mœurs des provinces, favorables à l'hérédité du sang, doctrine qui se traduisait par cette sentence que rapporte Symmaque, le préfet de Rome, écrivant au poète célèbre de la Gaule, *gignuntur heredes et non scribuntur*.

Les lois mosaïques, dont cette collection, attribuée à Licius Rufinus, atteste la connaissance et la propagation vers le V^e siècle, ont dû exercer de l'influence au moyen âge. L'An-

cien et le Nouveau Testament étaient presque les seuls livres connus du peuple par l'enseignement traditionnel et les prédications publiques; or des usages civils ont pu s'introduire ou, du moins, se fortifier dans les mœurs de plusieurs contrées par l'action même des saintes Écritures. Ce qui n'est pas douteux, c'est le rapport de plusieurs lois ou coutumes mosaïques avec les coutumes de France au moyen âge.

Ainsi, dans les lois mosaïques, la fille est exclue de la succession paternelle par ses frères; mais elle est héritière à défaut de fils. — C'est une des dispositions les plus générales de nos coutumes qui avaient puisé le droit de masculinité dans les usages germaniques, mais qui n'avaient pas trouvé dans les lois salique et ripuaire le droit de la fille à défaut du fils. Là l'influence de la loi mosaïque, recueillie au surplus dans le dernier titre de la *Collatio legum* et propagée par les formules de Marculphe, a pu exercer efficacement son action ¹.

La dot, le douaire, l'institution contractuelle se trouvent dans la loi mosaïque ²; on y trouve même la preuve en justice de la virginité, *ad seniores urbis qui in porta sunt*, origine du *congrès* qui s'est introduit dans l'usage des tribunaux ecclésiastiques et civils au VI^e siècle, et qui n'en a disparu que par le célèbre arrêt du parlement de Paris, du 18 février 1677, rendu pour ainsi dire sur la dénonciation d'une satire de Boileau ³.

La Genèse et l'Évangile sont d'accord pour placer la femme sous la puissance du mari, *in potestate viri*, et nos coutumes, en se séparant de la simple protection, contenue dans le *Mundium* germanique, et de l'indépendance de la femme romaine des derniers temps, ont toujours réputé le mari *seigneur et maître* par rapport à la femme et à la communauté conjugale. Les livres saints reconnaissent toutefois que la femme doit gouverner à l'intérieur sa maison et sa famille; et dans nos coutumes également, les clefs données à l'épouse étaient le symbole du gouvernement domestique.

La loi mosaïque, contrairement à la loi romaine, attribuée à la mère survivante la puissance paternelle, et, dans nos coutumes, la puissance paternelle appartient aussi à la mère survivante, comme au père pendant le mariage.

¹ *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, tit. 15, § 1. — Marculph., liv. II, form. XII.

² *Règles de droit et de morale*, par M. DUPIN, n^o 253, 254, 256.

³ *Règles de droit*, n^o 257. — Boileau, satire VIII :

Et jamais juge entre eux, ordonnant le congrès,
De ce burlesque mot n'a sali ses arrêts.

L'usage fut aboli sur le plaidoyer de Lamoignon, alors avocat général, et depuis, premier président.

Le droit d'aînesse, qui a été la pierre angulaire de notre droit féodal et coutumier, se trouve dans la loi de Moïse : l'aîné est le premier pour les biens, le premier pour la puissance, *prior in donis, major in imperio*¹.

Les père et mère avaient la libre faculté de disposer des biens meubles et de leurs acquêts ; mais ils ne pouvaient avantager un de leurs enfants puînés, entre lesquels l'égalité devait être maintenue² : c'est le droit observé dans la plupart de nos coutumes.

La propriété foncière, qui formait l'héritage de la famille ou les biens propres, ne s'aliénait jamais d'une manière absolue ; et le *retrait lignager*, qui a exercé une si grande action dans notre droit coutumier et tenait au principe salulaire de la conservation des biens dans les familles, est écrit dans le Lévitique : « *Si frater tuus vendiderit... et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat*³ ».

La réprobation qui a frappé les bâtards et les aubains dans nos coutumes les plus anciennes et réduit leur condition à l'état presque servile se trouve en germe dans les lois mosaïques : « *ex iniquis somniis filii qui nascuntur* (dit le Sage) *testes sunt nequitiae adversus parentes* ; — vous aurez pour serviteurs (dit le Lévitique) les étrangers qui sont venus parmi vous ou qui sont nés sur votre terre⁴. »

L'ancienne coutume de Tours contenait cette disposition singulière qu'un individu marié ou non marié pouvait se donner ou se vendre à autrui avec sa femme, mais que les parents pouvaient à son égard exercer le *retrait lignager*⁵. Eh bien ! la même disposition est dans le Lévitique : « *Si frater tuus vendiderit se... post venditionem potest redimi. Qui voluerit ex fratribus suis, redimet eum, et patruus, et patruelis et consanguineus et affinis*⁶. » N'est-il pas évident que dans la terre épiscopale de Saint-Martin, dans le territoire où fut la grande école des saintes Écritures sous Charlemagne, le retrait par les parents lignagers, comme adoucissement à la vente des personnes, n'était qu'une tradition, une application pieuse de la Bible ?

Enfin, dans quelques coutumes et jusque dans les Établissements de saint Louis on trouve la prescription *de sept ans* ; et

¹ Règles de droit, n° 303. — Ruben primogenitus meus, tu fortitudo mea.... prior in donis, major in imperio. (Genèse, XLIX, 3.)

² Salvador, *Hist. des instit. de Moïse*, t. II, p. 327 et suiv.

³ Règles, n° 384.

⁴ Règles, n° 310, 313.

⁵ V. mon *Histoire du droit français*, t. VI, p. 243.

⁶ Lévit., XXV, 47 et suiv. — Règles de droit, n° 315.

cette prescription étrangère aux origines romaines et germaniques est écrite dans les lois mosaïques ¹.

Il y a donc les rapports les plus multipliés, les plus frappants entre notre droit coutumier et le droit civil des livres sacrés; et le recueil de M. Dupin est un service rendu à l'histoire du droit, parce qu'en rapprochant les textes dans un ordre juridique, il en rend l'importance plus saisissante et la comparaison plus facile.

Mais les textes recueillis ne sont pas seulement utiles pour l'histoire du droit; ils offrent aussi avec les principes et les lois des temps modernes de fécondes analogies.

Tout le titre sur la propriété, dans les Règles de droit et de morale, est admirable par la vérité des maximes ². Les annotations de M. Dupin y sont abondantes, et pleines d'intérêt par le rapprochement des textes classiques et des sources modernes avec les fragments de l'Écriture.

Dans la Bible, la propriété est à la fois d'origine divine et humaine. Dieu, créateur de la terre, en est le maître éminent, *Domini est, terra et plenitudo ejus*; Dieu dit à Moïse : Vous prendrez possession de la terre que je vous donnerai, *quam ego dabo vobis*; et quand vous aurez pris possession vous l'habitez, vous en recueillerez les fruits sans crainte de violence. — La terre, dit la Genèse, est en votre pouvoir, *in potestate*; possédez, cultivez, contractez; que les choses vôtres soient bien à vous, *sint tua tibi* ³.

L'origine divine de la propriété n'altère en rien le caractère de la propriété civile qui résulte de la donation du Créateur, de l'occupation et de la culture par l'homme; elle la consacre, au contraire, en attachant à la propriété privée le respect qui est dû à la loi, à la volonté de Dieu.

Si cette doctrine sur la propriété se trouvait profondément empreinte dans les esprits, on n'aurait pas à craindre la violence de ces passions cupides qui se portent aujourd'hui vers la propriété d'autrui. Mais en réduisant le droit de propriété à sa nature purement humaine, en le séparant de sa céleste origine et de l'ordre providentiel, on l'affaiblit dans les mœurs, on le livre aux sophismes de l'esprit et aux ardeurs dévorantes de la convoitise. Bien des jurisconsultes, bien des publicistes anciens et modernes ont commis le crime moral de dire que la propriété

¹ Règles, n° 405, septimo anno..... — Cui debitor aliquid, repeti non poterit, quia annus remissionis est Domini. (Deut., XV, 2.)

² Seconde partie, tit. 2, p. 127 et suiv.

³ Règles de droit, n° 325.

était l'œuvre de la loi. Si elle est seulement l'œuvre du législateur, la loi peut être changée, modifiée, détruite par une loi contraire. — De nos jours, on a fait la distinction perfide des *oisifs* et des *travailleurs*, dont Chateaubriand entrevoyait avec terreur les conséquences sociales; et des publicistes, animés cependant du louable désir de défendre le droit de propriété contre des attaques audacieuses, ont commis l'imprudence en théorie de placer le principe même de la propriété dans le travail, confondant ainsi avec le principe fondamental du droit un moyen de conservation et de progrès. D'autres écrivains, philosophes et jurisconsultes, ont identifié le principe de la propriété avec le principe de la liberté ou de la personnalité humaine; et comme la liberté de l'homme est inhérente à sa nature et inviolable dans ses actes légitimes, ils ont élevé le droit de propriété jusqu'à la nature inviolable du droit de liberté ou de personnalité. C'est la pensée que Napoléon I^{er} exprimait énergiquement en 1809, devant le Conseil d'État, en ces termes : « La propriété..., c'est son inviolabilité dans la personne qui » possède... Moi-même, avec mes nombreuses armées qui sont » à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car » violer le droit de propriété dans un seul, c'est le violer dans » tous¹, » admirable commentaire de ce verset de la Genèse : *sint tua tibi*. Mais l'Écriture sainte va plus haut encore : elle rattache la propriété humaine à l'autorité, à la dispensation divine, et elle consacre le droit de la personne par la loi de Dieu. A cette hauteur, il n'y a plus d'atteinte possible, et l'attentat à la propriété n'est pas seulement une infraction de la loi civile, c'est une infraction de la loi divine, une atteinte à l'autorité du Créateur : « Le domaine, dit profondément saint Thomas d'Aquin, suppose la puissance, laquelle tient à la substance divine : *Dominium præsupponit potestatem, quæ est divini substantia* ².

A Rome, dans les premiers temps, et par l'effet d'une tradition mystérieuse qui s'était maintenue quoique altérée dans le culte symbolique du dieu Terme, l'atteinte à la propriété par la violation des limites était un sacrilège. Nous n'avons pas aujourd'hui à remonter au culte du dieu Terme et à prononcer contre le violateur des bornes le *sacer esto* des lois étrusques de Numa Pompilius³; mais le principe du droit de propriété a besoin de retrouver son inviolabilité, non-seulement dans le

¹ Règles de droit, p. 128, annotations.

² *Summa Thomæ*, prima pars, quæst. XIII, art. 7, p. 26.

³ Dans le *Festus* de Müller (1839). — *Pauli Diaconi excerpta*, lib. XVIII, v^o Termino.

respect de la liberté et de la personnalité humaine, mais aussi dans le sentiment de la religion et la soumission respectueuse aux volontés de la Providence. Le recueil des règles tirées de l'Écriture sainte fournit de beaux textes à cette alliance du droit divin et du droit humain. Les docteurs du moyen âge ne se trouvaient pas en présence d'un état social qui demandât que le principe posé dans l'Écriture et dans la *Somme* de saint Thomas d'Aquin fût sondé dans toutes ses profondeurs. Aujourd'hui c'est la grande question de la théologie et de la philosophie appliquées au droit social, et il faudrait que la lumière de la doctrine et de l'enseignement fût assez vive et assez générale pour qu'elle se répandît partout sur le peuple des campagnes comme la lumière du jour. La première condition pour cela est, sans doute, que le peuple soit ou redevienne religieux, et que l'esprit du christianisme, qui a fait la civilisation moderne, la soutienne dans ses aspirations au bien-être social. Le principe de la propriété, dans l'Écriture sainte, est un lien visible entre le ciel et la terre ; mais qui nous rendra, pour le ressaisir dans toute sa force, les sublimes rapports de la cité de Dieu et de la terrestre cité ?

Revenons au livre de M. Dupin, qui a si bien compris l'importance de ramener les principes à la source d'en haut.

La partie relative au droit criminel est pleine d'intérêt. L'auteur trouve sur ces matières toute une législation dans l'Ancien et le Nouveau Testament. Il y trouve l'accusation, les contumaces, l'instruction, l'interrogatoire des prévenus, les témoins, leur nombre légal de deux ou trois, la compétence du juge, même l'*ordonnance de non-lieu*, l'aveu des accusés, la libre défense, le jugement et la condamnation, la révision du jugement, et enfin le système d'une pénalité graduée pour la plupart des crimes. Les règles sur la justice criminelle y sont pleines de sagesse, et respirent quelquefois cette majesté d'expression qui n'appartient qu'à la simplicité des livres saints, comme cette sentence sur les témoins injustes : « *Testis iniquus deridet iudicium et os impiorum devorat iniquitatem* ¹.

Aux règles de droit pénal extraites de l'Écriture sainte, M. Dupin a joint comme exemples de procédure criminelle chez les Juifs, trois accusations : celle relative à Susanne, qui offre un cas de révision de jugement ; — diverses accusations portées contre l'apôtre saint Paul, dans lesquelles on voit les pratiques des Juifs mêlées à celles des Romains ; — enfin l'accusation qui a préparé le Déicide. Le recueil, sous ce dernier rapport, re-

¹ Prov., XIX, 28. — Règles, n° 429.

produit une publication de 1828 qui eut un grand succès et qui a été traduite en plusieurs langues, sous le titre de *Jésus devant Caïphe et Pilate*. C'était la réfutation d'un chapitre de l'*Histoire des institutions de Moïse* par Salvador. Le légiste français a prouvé qu'il connaissait plus exactement les institutions judiciaires du peuple hébreu que l'historien israélite. C'est un petit chef-d'œuvre de discussion nette, vive, qui met tout en saillie et prouve avec évidence que, considéré *comme simple citoyen*, le Messie *ne fut jugé ni d'après les lois, ni d'après les formes existantes*. — Ces pages saisissantes de faits, d'observations justes, de vérités de droit, ne sont pas un des moindres ornements du précieux recueil.

Dans une dernière partie, M. Dupin a ajouté un titre sur la charité, qu'il regarde (ce sont ses expressions) « comme un supplément divin, indispensable à toutes les lois humaines. » Pour remplir ce titre, il n'a recueilli les textes que dans le Nouveau Testament. C'est là que la moisson était abondante. Le précepte de la bienfaisance et de l'humanité se trouve dans les lois de Moïse et chez les peuples anciens; mais le sentiment d'abnégation et d'amour qui a mérité le nom de Charité chrétienne, *Caritas de corde puro*, est surtout dans l'Évangile, dans les Actes des apôtres et dans les Épîtres de saint Paul. Nous citerons à cet égard la note de M. Dupin pour donner le *specimen* des nombreuses et intéressantes annotations qui accompagnent les textes les plus importants de son recueil : « Certainement » (dit-il) les païens ont connu et pratiqué la bienfaisance; ils ont » eu de la commisération pour les souffrances de leurs semblables, ce que les philosophes ont appelé de la *philanthropie*. » C'est la loi générale de l'humanité dans tous les temps et chez » tous les peuples. Cicéron l'a nommée *caritas humani generis*. » — Mais la charité comme l'entendent et la pratiquent les vrais » chrétiens, la charité telle qu'elle est enseignée, recommandée » par Jésus-Christ et définie par saint Paul, tient son nom propre » et son véritable caractère de la loi évangélique. C'est une » vertu toute chrétienne ¹.

Les textes religieusement choisis sur la charité, et suivis de commentaires persuasifs sur son exercice et le bonheur de donner², sont le digne couronnement d'un livre inspiré par l'amour du bien et du vrai, et par l'alliance nécessaire de la morale et du droit.

F. LAFERRIÈRE.

¹ Règles, n° 578.

² Règles, n° 595.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts et des auteurs

SUR L'IMMOBILISATION DES MEUBLES CORPORELS
SOUS LE CODE NAPOLEÓN.

(Art. 522, 523, 524 et 525 C. Nap.)

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

(Suite et fin¹.)

- XV. — Observations sur le § 11 de l'article 524 : *Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres USINES.* — 43. Ce paragraphe est de droit nouveau, et n'exclut pas l'immobilisation par affixion. — 44. Incertitude sur le sens du mot *usine*. Indications de l'Académie et de l'Institut, de Ducange, de M. Chéruel et de M. Bouillet. — 45. Le degré d'importance de l'usine ne change rien à sa nature; il y en a de petites et de grandes. — 46. Définition vulgaire trop étendue et trop restreinte. — 47. Définitions, silence et exagérations des auteurs. — 48. Réflexions. — 49. Les termes du Code doivent être fixés à l'acception qu'ils avaient au temps de la rédaction, et pourquoi. — 50. En cas de nécessité de vendre à la fois l'immeuble et les ustensiles d'un établissement qui n'est pas usine, il y a des moyens légaux. — 51. Étymologie du mot *usine*, et son analogie avec d'autres mots. Autorités. — 52. Inductions. — 53. Emploi du mot *usines* dans l'ancienne législation. Pourquoi on ne peut en tirer de lumière précise sur la définition du mot, mais seulement quelques applications particulières. — 54. Pourquoi on s'est peu trompé sur le sens du mot dans les premiers temps du Code, et comment l'application usuelle de la vapeur à l'industrie a influé sur le langage actuel. — 55. Définition. — 56. Esprit général de cette loi nouvelle. Sa comparaison avec ce que les dispositions de la même loi ont innové pour l'agriculture. — 57. Le § 11 n'est ni une loi commerciale ni une loi générale industrielle. — 58. Il y a des *usines* auxquelles l'usage ne donne pas ce nom, et qui n'en sont pas moins *usines* dans le sens du Code. Applications. — 58 bis. Il y a des usines qui n'ont point de *moteur*. Applications. — 59. Usines avec moteur naturel. — 60. Usines à vapeur. Que la seule application de la vapeur à un mécanisme industriel n'est pas constitutif d'une usine. Applications. — 61. Usines à gaz. — 62. Que l'intention de l'auteur de l'article n'est pas de restreindre ce qui est véritablement usine. — 63. Distilleries commerciales. — 64. La grandeur et la forme particulière du bâtiment adapté à une industrie déterminée ne suffisent pas pour en faire une *usine*. — 65. Quelques observations sur le reste du paragraphe.

¹ V. ci-dessus, p. 385.

43. Ce paragraphe est de droit nouveau. Tous les ustensiles des usines étaient autrefois mobiliers, à moins qu'ils ne fussent attachés à l'immeuble par affixion ou incorporation.

Sous le Code, ce paragraphe n'exclut pas pour les usines le § 13 du même article ; qui déclare immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure, et présumés tels quand ils y sont attachés de la manière prescrite par l'article 525 du Code, § 1^{er}.

Ainsi, pour les usines, comme pour l'agriculture, deux manières d'immobiliser les meubles : 1^o par attache physique, selon l'article 525 ; 2^o par accession morale, quand le propriétaire du fonds les y a placés pour le service et l'exploitation de l'usine ; et au nombre des choses ainsi placées, même sans être attachées au fonds, la loi signale « les ustensiles nécessaires à l'exploitation de l'usine. »

44. La première question que présente ce paragraphe est de savoir ce que c'est qu'une usine, et ce que le Code a entendu par ce mot.

C'est là une question importante ; car aujourd'hui la pente des esprits, et des meilleurs, est de donner au mot *usines* une extension telle qu'il devient presque synonyme de fabriques et manufactures.

L'Académie n'a pas cru devoir définir ce mot ; l'Institut de France a imité cette retenue. On lit dans l'un et l'autre dictionnaire : « *USINE, s. f.* Établissement fait pour une forge, une verrerie, un moulin, etc. » — C'est indiquer par des exemples ce qui peut être une usine, mais non en donner une définition.

La définition que donne Ducange, dans son Glossaire, du mot *usina*, est évidemment incomplète : « *Ustrina vel officina quævis ad aquas exstructa, Gallicè usine.* » — On accorde que toutes les constructions faites pour recevoir une machine qui se meut par une chute d'eau, sont des usines ; mais ce ne sont pas les seules usines.

Les savants appellent usines « les bâtiments où se fabriquent les objets d'art et d'industrie » (V. M. Chéruef, *Dictionnaire des institutions de la France*), ce qui est évidemment trop étendu, et confond tout atelier, toute fabrique, toute manufacture avec les usines, — ou bien « qu'*usine* se dit en général de » tout établissement important, dans lequel s'exécutent sur une

» *grande échelle* des ouvrages d'art et d'industrie » (M. Bouillet, *Dictionnaire des sciences*).

45. Cette définition ne comprend pas tous les ouvrages d'art et d'industrie comme celle de M. Chéruel; l'auteur même cherche à la restreindre ensuite; mais outre qu'elle a le défaut d'être trop étendue dans sa formule générale, elle serait contraire à notre droit, qui donne le nom d'*usines* à d'*autres établissements* qu'aux établissements importants où s'exécutent les ouvrages *sur une grande échelle*. En effet, le Conseil d'État avait adopté notre paragraphe en ces termes: « Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres **grandes usines.** » Mais la section de législation du Tribunal fit observer, lors de la communication officieuse, « qu'il serait bon de » supprimer le mot *grandes*; qu'autrement il pourrait s'élever » de fréquentes contestations sur la question de savoir si telle » usine est grande ou petite dans le sens de la loi. » — Et le Conseil d'État admit cette observation.

46. D'autres appellent *usines* tout établissement mécanique marchant à l'aide de l'eau, du vent, du feu ou de la vapeur. C'est aujourd'hui la définition vulgaire, mais elle me semble trop étendue et trop restreinte. Trop étendue, parce que, bien qu'il y ait des établissements que leur moteur rend nécessairement usines, tels que les moulins à vent et à eau, je ne crois pas que ce soit toujours de son moteur que l'usine tire son caractère; trop restreinte, car il y a des usines qui n'ont pas de moteur artificiel. Les fonderies de métaux, les tuileries, les fours à plâtre et à chaux sont certainement des usines, et des usines à feu. Mais le feu n'y est pas *moteur*; il y est *agent* de la fabrication.

47. Jusqu'à présent j'ai parlé des définitions des savants et des hommes du monde; je ne parlerai pas de celles des commerçants. Autrefois tout marquis voulait avoir des pages, bientôt tout fabricant voudra avoir son usine. L'emphase commerciale est toujours contraire à la vérité.

Maintenant je parlerai des définitions ou des descriptions des jurisconsultes.

Dès la publication du Code se révèle le désir de donner une signification étendue à notre § 11. « Quoique ce terme (*usines*) » s'applique plus particulièrement aux établissements faits sur » les rivières et ruisseaux » (dit Delaporte, *Pandectes françaises*;

» p. 68, t. V, 1804), il comprend dans son acception étendue
 » **TOUTES LES MANUFACTURES.** » C'est y aller du moins franchement,
 et, dans ce système, l'esprit du Code serait qu'un manufacturier
 de toute espèce de produits fit aux frais de la communauté
 toutes les dépenses nécessaires à l'acquisition et au renouvellement
 d'ustensiles périssables, et que, quand la communauté se
 dissout, les ustensiles et outilllements de toute espèce appar-
 tintissent au mari, propriétaire de l'immeuble où s'exploite la
 manufacture, quel qu'en soit l'objet. Je sais bien que l'auteur
 en exempte les outils des arts mécaniques, quoique souvent ils
 soient attachés, comme les établis des orfèvres, ou ne puissent
 se transporter sans être désassemblés, comme les presses d'im-
 primerie.... Mais depuis on a fait des progrès, comme on le
 verra dans la suite.

Nos premiers auteurs sur le Code Napoléon n'ont pas renou-
 velé l'assertion de Delaporte.

Delvincourt s'est gardé de toucher à ce mot d'*usines*; Toullier
 aussi et son commentateur, M. Duvergier. — M. Durauton, si
 réservé qu'il soit, commence, sans toucher à l'interprétation
 du mot, à assimiler (t. IV, n° 66) les salles de théâtre aux
 usines, en blâmant une décision du ministre des finances du
 4 mars 1806, qui n'a pas rangé les machines, décorations et
 autres objets mobiliers d'un théâtre au rang des immeubles par
 destination. Mais chez les auteurs les plus récents commencent
 ce que j'appellerai des déviations du droit, causées par des
 idées générales qu'on s'exagère. On sent, par exemple, ces
 idées dominer dans le *Nouveau Répertoire* de M. Dalloz, au mot
Choses, par ces mots, n° 90 : « Cette disposition *protectrice de*
 » *l'industrie* ne s'applique qu'aux ustensiles servant à l'explo-
 » tation d'un immeuble *dont la destination industrielle* est cer-
 » taine...; dès qu'ils sont affectés au service d'une usine, d'un
 » *véritable établissement industriel*, les ustensiles sont immeu-
 » bles... » Il y a là-dedans du vrai et du faux : du vrai, en ce
 qu'il n'y a pas d'usine sans industrie; du faux, en ce que toute
 destination industrielle d'un bâtiment n'en fait pas nécessaire-
 ment une usine. — Et puis, cette idée principale dominant
 l'auteur de l'article, il dit : « On ne saurait assigner à l'article
 » 524 *un sens rationnel* (car chacun veut que son sentiment soit
 » le seul bon) qu'en l'appliquant à tout bâtiment approprié;
 » consacré par le propriétaire à l'exercice spécial d'une indus-

» *trie* (n° 94); » et de là (n° 95) « il faut dire avec MM. Hennequin, p. 38, et Taulier, t. II, p. 152, que *les presses et autres accessoires* d'une imprimerie, placés dans un bâtiment par celui qui en est propriétaire, sont immeubles comme le bâtiment même. Ils constituent une *fabrique de livres*, à laquelle il y a lieu d'appliquer *les règles générales* établies pour les *autres établissements industriels* ! »

M. Demolombe ne va pas tout à fait si loin; mais il penche fortement pour cette doctrine quand il y a, non pas une maison appropriée, mais un bâtiment construit *ad hoc* pour l'exploitation de la serrurerie ou de l'imprimerie, et surtout si les mécaniques de ces établissements sont mues par la vapeur (t. IX, n° 265).

48. Arrêtons nous ici et faisons quelques réflexions.

Si les auteurs du Code avaient voulu faire, dans le § 11 de l'article 524, une loi générale pour l'industrie, pourquoi ne l'auraient-ils pas faite en termes clairs et explicites, et n'auraient-ils pas dit : « Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, fabriques, manufactures et ateliers? » Cette simplicité de termes qui se présentaient naturellement ne dépassait pas le degré de connaissances que nos auteurs veulent bien encore accorder aux rédacteurs du Code Napoléon.

Pourquoi ne l'ont-ils pas dit? — Parce qu'ils n'ont pas voulu le dire; parce qu'ils n'ont pas voulu déplacer les droits, ni échanger l'ancien droit pour les fabriques, manufactures et ateliers qui n'étaient pas usines dans le sens qu'on attachait législativement à ce mot, à l'époque de la confection du Code.

Parce qu'ils n'ont pas voulu que tous les fabricants, que tous les manufacturiers qui n'auraient pas d'usines, que tous les maîtres artisans fissent de leurs outils et ustensiles des propres de communauté au préjudice de leurs femmes. — C'est évident.

49. L'acception du mot *usine* a-t-elle changé depuis lors? C'est possible, et je veux bien l'accorder, quoique je ne le croie pas. Mais quand cela serait, ce n'est pas dans le sens que ce mot aurait aujourd'hui, ni dans celui qu'il aura demain, qu'il faut appliquer l'article 524; c'est dans le sens qu'il avait en 1804; car la loi a été faite pour dire sur quelle tête reposerait la propriété des ustensiles, et le droit de propriété, bien que découlant du droit naturel, est du droit civil dans ses applications individuelles; et par conséquent le mot *usine* doit être

pris dans le sens qu'il avait en 1804, et ne doit pas s'étendre aux nouvelles acceptions que la mode ou l'usage lui ont pu donner.

Il faut donc dire sur cette matière ce que disait M. le procureur général Dupin sur l'absence des pharmacies homœopathiques dans le lieu où réside le médecin : « La loi est une » sentinelle qui ne quitte pas son poste, tant qu'elle n'est pas » relevée par une autre. »

Et en effet, nous ne vivons pas sous le régime des coutumes, qui permettait aux parlements de constater les changements au droit que pouvaient amener le changement ou la nécessité des mœurs. Nous vivons sous la loi; le pouvoir judiciaire ne peut la changer. S'il survient des besoins nouveaux, qu'on s'adresse au législateur.

Quoi! tous les jurisconsultes de cette école nouvelle viennent dire avec vérité : « La loi est totalement étrangère aux outils et » métiers qu'un simple artisan (bien entendu, en supposant » qu'ils reposent ou soient attachés dans un immeuble qui lui » appartient) emploie à l'exercice de sa profession.... » Mais si l'article 524 eût eu pour but de protéger l'industrie en général, est-ce qu'elle n'aurait pas commencé par l'artisan? Quelle idée ont-ils donc du législateur de 1804 pour croire que, selon ses principes, si un manufacturier fait des affaires médiocres, tous ses ustensiles appartiennent à la communauté, mais que, si elles augmentent, la femme n'y aura pas de part; pour croire qu'avec les succès commerciaux et manufacturiers le gage des chirographaires diminuera au profit des créances hypothécaires? Cela n'est pas, cela ne peut pas être.

Quand les législateurs ont voulu, à cause de circonstances urgentes, protéger l'industrie en général ou une industrie spéciale, ils ont bien su formuler leurs pensées ou leurs prescriptions. Ainsi on a bien su, en 1669, défendre de procéder par saisie-exécution ni vente forcée en justice sur les moulins, métiers, outils et ustensiles servant à manufacturer les draps de laine, et faire pareilles défenses pour la fabrique de soie. On savait bien, pour encourager la culture du mûrier, faire défense d'en saisir les feuilles (*déclaration du 5 février 1732*). Alors la défense protégeait maîtres et ouvriers travaillant chez soi, grands et petits propriétaires. Et l'on veut que les rédacteurs du Code se soient contentés du mot *usines* pour comprendre tout

mécanisme marchant à la vapeur, et favoriser les riches aux dépens des pauvres, ce qui est contraire à son esprit général?... C'est à ne s'y pas reconnaître!

50. Il ne faut pas croire non plus que toute juste application du droit soit impossible, parce que, dans un établissement industriel, les ustensiles seraient meubles, quoique la cage de l'établissement serait immeuble. Combien avons-nous vu de ces grands établissements somptueusement montés, qui fondent peu de temps après? Est-il donc juste que les avances faites de bonne foi pour l'outillage et les ustensiles accessoires tournent au profit des hypothécaires qui, en présence d'un texte attributif à l'immeuble de l'outillage et ustensiles des seules usines, et non des établissements industriels en général, n'ont dû compter que sur le sol et sur la cage? D'ailleurs, sans penser à cette extrémité, est-ce que, dans le conflit entre l'époux propriétaire de l'immeuble et la communauté, est-ce que, dans le conflit entre les créanciers hypothécaires et les chirographaires, n'intervient pas la justice pour peser leurs intérêts, afin d'examiner s'il est de l'intérêt de tous que la cage, les ustensiles et le fonds d'industrie soient vendus ensemble ou séparément, et, dans le premier cas, faire estimer la valeur relative de ce qui est immeuble et de ce qui est meuble, et faire vendre le tout, avec ventilation proportionnelle à chacune des mises à prix? Il faut bien que cela arrive quelquefois, puisque tous reconnaissent que tout fabricant n'est pas usinier. Donc, puisqu'il n'y a que les usines immobilières dont les ustensiles sont immeubles par destination, et qu'on ne doit entendre par usines que ce que les auteurs du Code civil ont dû entendre par ce mot, il faut nécessairement s'efforcer de connaître quelle signification avait ce mot au temps de la confection de la loi.

51. Examinons d'abord l'étymologie du mot *usine* et son analogie avec d'autres mots. Je rappellerai donc avec Ducange, qui définit l'usine *ustrina vel officina quævis ad aquas extracta*, que ce mot avait encore, d'après Pierre Borel, une autre signification; qu'il signifiait aussi manière de vivre, ménage, *res familiaris, res domestica, parcimonia*. En effet, du verbe *utor* nos ancêtres ont fait une foule de mots que les anciennes chartes ont latinisés: *usa* et *usagium*, *usagiare*, *usibilia*, *usimentum*, *usinare*. Comme Ducange avait borné sa définition aux usines construites auprès des rivières, c'est de la seconde signification signalée

par Borel, *ménage* et *parcimonie*, qu'il tire le verbe *usinare*, employé dans une charte de 1240, dans laquelle il signifie exercer des usages en bois et en pâturages¹. Il faut remarquer encore que si, dans les chartes de concession, ces mots barbares parlent de ceux à qui les usages sont concédés, ces mots pouvaient aussi bien signifier l'usage que le propriétaire faisait de sa propre chose, comme le verbe *utor* en latin, et ses dérivés en français, *user de*, *se servir de*. On trouve le mot *usaige* pour meilleure conduite personnelle, dans des lettres de rémission de 1426²; et les moulins et autres établissements s'appelaient *usines* même entre les mains des seigneurs : témoin cette phrase d'une charte de l'an 1274 : « Si nous avons besoin » de mairien à nos moulins et autres wisines de Valenchiennes. » Passage précieux, puisqu'il prouve qu'il y avait d'autres usines que des moulins, et que les seigneurs possédaient aussi des usines et les donnaient à ferme.

52. Il n'est donc pas téméraire d'induire de là qu'*usiner* signifiait *tirer parti*, *user*, *se servir* des forces ou des produits naturels des lieux : forces ou produits qui auraient été perdus, en partie du moins, si l'on n'avait pas trouvé à leur donner un emploi utile suivant la nature des localités.

Que les moulins à eau aient été nommés *usines* parce qu'ils étaient un moyen de faire usage de la force des eaux, ou parce que les seigneurs permettaient aux concessionnaires de faire usage de la chute, c'est chose évidente. Ce n'est certes pas du *moteur* que vient le nom d'*usine*; c'est de l'*utilité* qu'on tire du moteur.

Pourquoi a-t-on appelé *usines* les établissements construits dans les forêts ou dans leur voisinage, telles que les grosses

¹ Borello *usine* dicitur res familiaris, domestica, parcimonia. Gallicè Ménage. — Hinc, *usinare* (usimentum habere). — Charta anni 1240 in Tabulario Campan. Bibl., f° 365 : « Nulla tenus usinabunt nec excolent homines » dicitæ villæ contrâ voluntatem nostram.... In quibuscumque verò locis homines dicitæ villæ usinabant. » (V. Ducange, v° *Usinare*.)

² V. le Glossaire de Carpentier, v° *Usagium*. — Ce mot signifie aussi *mode* (manière habituelle de vivre). — De là vient « *se mettre à bon usaige*, » pro agendi ratione vitam emendare : « Le suppliant (qui sans doute avait vécu auparavant du bien d'autrui) depuis se mit à *bon usaige* et achetoit du blé et le menoit vendre à Beauvais.... »

Dictionnaire de Trécoux, mot *Usine* : Vieux mot qui signifie *ménage*.... Faire entre eux *bonne usine*, ironiquement, pour dire vivre mal ensemble.

forges pour recueillir les minerais, les épurer, les fondre? Est-ce à cause du moteur, qui est quelquefois l'eau elle-même?

Évidemment non. C'est parce que ces établissements avaient pour objet de tirer parti des richesses naturelles du sol en les mettant en œuvre et en leur faisant produire quelque chose de nouveau; comme le traitement du minerai qui entourait la forge produisait le fer en gueuses. C'est encore parce que le propriétaire du bois, s'il était propriétaire de la forge, recueillait le minerai autour de lui et tirait de son bois de quoi alimenter ses fourneaux, *usinabat re sua*; ou si le maître de forges n'était pas propriétaire, et qu'il eût obtenu par concession à titre onéreux ou à titre gratuit, soit de recueillir le minerai, soit de prendre dans le bois du seigneur ou de l'État une quantité suffisante de bois pour arriver à la fusion du fer qu'il avait à fournir habituellement, c'était encore *usiner*, *usinare alterius re*, c'est-à-dire avoir des usages en bois ou autres produits naturels, comme le dit la charte de 1240 : « *Omnimodè usinabimus, hoc excepto quòd in nemoribus.... boscum (du bois) non accipiemus nisi tantùm ad usum furni.* » Il y a d'ailleurs un passage de Saint-Yon sur les articles 9 de l'ordonnance de François I^{er} et de Henri III, en janvier 1518 et avril 1588, portant défense de prendre terre, mine et bois aux forêts du roi, qui prouve bien que ces établissements se sont formés dans l'utilité des propriétaires, et par esprit de ménage et de bonne administration des richesses locales. « Et d'autant qu'en aucunes forêts, pour » être éloignées des grandes villes et rivières navigables, le » bois n'y est pas de débit, on y peut, *par bon ménage*, établir » des forges et fourneaux pour consommer le bois, si la com- » modité des mines s'y rencontre; pareillement de l'eau pour » les roues, parce qu'anciennement qu'on purifiait à bras, la » mine ne se purifiait si fort qu'à présent qu'on a l'usage des » roues à eau. »

Il semble donc acquis que le mot générique *usines* a signifié dès le principe, non-seulement les établissements qui se formaient sur le bord des eaux à cause de l'utilité qu'ils tiraient de leur adhérence au cours d'eau, mais encore qu'il signifiait même les établissements formés dans des lieux dont ces établissements consommaient les richesses naturelles par l'usage qui leur en était laissé ou qu'ils avaient acquis.

53. Pour arriver à une définition précise des usines, on ne peut

guère trouver de lumière dans la législation ; car avant 1789, les lois spéciales qui les concernent étaient de trois espèces : 1^o les lettres patentes ou arrêtés du conseil portant privilège pour certains établissements, ou réglant les effets de ce privilège ; 2^o les lois de police auxquelles l'établissement était soumis ; et 3^o les lois de finances pour la perception des impôts. Le mot *usine* étant un mot générique, la spécialité du privilège empêchait qu'on ne s'en servît dans les lettres patentes portant établissements ou dans les arrêts de règlement avec les voisins ou concurrents : on désignait l'établissement par son objet, une verrerie, un moulin, une manufacture de glaces, etc., etc. Dans les lois de police et dans les lois pénales, la précision du style exigeait qu'on y trouvât plutôt l'énumération des personnes à qui tel fait était défendu ou prescrit que la qualité vague d'*usiniers* (*V. l'ord. de 1669, tit. 32, art. 5, 7, 18 ; — Arrêt du conseil du 9 août 1723*), et dans les lois de finances on rencontrait le mot *usines* employé comme un mot générique dont les moulins composaient l'espèce la plus commune (*V. la déclaration du 11 août 1776 sur la Répartition des tailles, 2^e part., art. 2 et 4, au Répertoire de Guyot, 1^{re} édition, in-8^o, t. LX, p. 459*). « Moulins et autres usines » y est opposé à « terres labourables, prés, vignes, bois et autres biens de la même nature ; » et tout ce qu'on en peut conclure, c'est que les *usines* n'ont point l'agriculture pour objet.—Dans les lois postérieures à 1789, on trouve quelques désignations plus précises. La loi du 15-19 septembre 1791 qualifie nettement les forges, fourneaux et verreries du nom d'*usines à feu*, en défendant à leurs propriétaires et fermiers d'exercer aucune place dans l'administration forestière : ainsi les grosses forges et les hauts fourneaux sont des *usines* dans le langage légal. La loi du 28 juillet même année l'avait déjà dit, titre 2, art. 2, en défendant d'établir aucune *usine* pour la fonte du minerai sans la permission du Corps législatif ; et la loi du 21 avril 1810 confirme ce langage, art. 73, en réglant les permissions à obtenir pour l'établissement des fourneaux, forges et usines.—Mais les lois sur l'impôt et sur la salubrité étaient plus vagues dans leur langage parce qu'elles avaient à embrasser des objets divers qui avaient droit à une même tolérance ou à une même surveillance : aussi la loi du 1^{er} décembre 1790, sur les contributions foncières, n'a pas entendu mettre les fabriques et manufactures au nombre des usi-

nes, en disant, tit. 2, art. 14 : « les fabriques et manufactures, » les forges, moulins *et autres usines* seront cotisés à raison des » deux tiers de leur valeur locative ; » pas plus que la loi du 21 septembre-13 novembre 1791, qui a pris un tour plus clair pour « décréter que les anciens règlements de police relatifs à » l'établissement ou l'interdiction dans les villes des usines, » ateliers ou fabriques qui peuvent nuire à la salubrité de la » ville, seraient provisoirement exécutés. »

54. Tel était l'état du langage lors de la discussion du Code civil ; et quoiqu'il n'y eût pas de définition législative du mot *usine*, on s'est peu trompé dans les premiers temps sur ce qui était *usine* ou sur ce qui ne l'était pas : on était guidé par la tradition. Mais dans ces dernières années, quand les applications pratiques de la vapeur sont venues se substituer aux chutes d'eau, et qu'ainsi on pût obtenir partout, même dans les villes, un moteur puissant, la mode s'est emparé du mot *usine* ; et comme les usines les plus connues sont les moulins qui ont le vent ou l'eau pour moteur, beaucoup de bons esprits ont pensé que toute usine était nécessairement un bâtiment renfermant une mécanique ayant un moteur ; et que l'application de la vapeur à un mécanisme quelconque suffisait pour convertir une manufacture en usine.

55. Pour nous, le mot *usine*, selon le sens que lui a donné le Code civil, nous paraît signifier un établissement mécanique ou non, qui se forme dans un lieu au moyen des forces et ressources naturelles de la localité, afin de tirer parti de ces forces et ressources, de les rassembler et d'en créer une industrie utile. — C'est la mise en action d'éléments de travail que présentent les lieux eux-mêmes et qui seraient perdus pour la société et pour le maître du lieu si le travail n'en faisait pas usage par principe d'économie, ou comme on disait autrefois *par bon ménage*.

56. Telle est l'idée mère du vieux mot français que les chartes des XIII^e et XIV^e siècles ont latinisé, et ce n'est que dans cette mesure que l'article 524, § 11, est une sage et bonne loi, une loi d'accord avec elle-même et avec l'esprit de ses autres parties.

Pour que l'agriculture ne souffre pas du changement de propriétaire au moment de la mutation par décès, vente ou donation, la loi vient d'immobiliser les choses les plus nécessaires à l'agriculture. Ainsi, le travail des champs ne sera pas sus-

pendu par le changement de propriétaire. Le successeur à l'immeuble aura, par le fait même de la succession, les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les pailles et engrais, etc.... Mais outre les fruits de la terre, le sol, les eaux, l'air lui-même offrent des richesses et des puissances locales à utiliser par l'industrie humaine. C'est pour que l'exercice de ces richesses et de ces puissances qu'on doit à la nature ne se trouve pas plus interrompu que l'exercice de l'agriculture par les mutations du fonds, que notre § 11 déclare immeubles par destination « les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines. »

57. Ainsi une première vérité à induire de ce que nous venons de dire, c'est que notre § 11 n'est ni une loi commerciale ni une loi générale industrielle. C'est une loi civile, qui, pourvoyant spécialement à l'exercice des forces et des ressources naturelles aux localités que le travail s'est assujetties, veut que les ustensiles nécessaires à l'exploitation ne fassent qu'un tout avec l'immeuble où s'est assise l'industrie spéciale, afin que le bien qu'en tire le public ne souffre pas plus de déperdition ni d'interruption que n'en souffre l'agriculture d'après la législation nouvelle.

Et de là concluons que ce n'est ni *l'industrie en général*, ni même tous les industriels qui agiraient au moyen de mécaniques, que le Code a voulu protéger en ordonnant que les ustensiles nécessaires à l'exploitation d'une usine seraient immobilisés.

Le Code a voulu d'abord immobiliser certains meubles au profit de l'agriculture, pour que la mort de l'agriculteur ou que la dissolution de la communauté ne pût arrêter l'exercice de l'agriculture par la privation de ses moyens d'exploitation. Ce sont là des dispositions d'utilité publique et d'économie politique.

C'est la même cause d'utilité publique et d'économie politique qui a fait immobiliser les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines. Le législateur n'a pas voulu que ces établissements fussent contraints à s'arrêter tout d'un coup, à cause de la mort du propriétaire et de la distinction entre les meubles et les immeubles. C'est une conséquence directe de ce que le législateur venait de faire pour l'agriculture. Ce n'est pas l'industrie en général que protège notre § 11; il protège donc seulement l'industrie spéciale qui se sert des forces ou des produits natu-

rels locaux. Voilà pour nous le sens du Code Napoléon, et aller plus loin serait violer la loi.

58. Une seconde vérité, c'est qu'il y a une foule d'établissements auxquels, dans l'usage du monde, on ne donne pas le nom d'*usines*, et qui cependant sont compris par notre article sous ce nom générique; de sorte qu'il faut leur laisser leurs ustensiles, agrès et instruments nécessaires à l'exploitation du lieu en cas de mutation de la propriété.

Nous ne devons pas oublier la définition de Ducange, qui, après avoir dit spécialement *ustrina*, « grosses forges, » ajoute d'une manière générale, *vel officina quævis ad aquas extracta*, « tout lieu de travail construit sur les eaux; » ce qui ne doit pas se borner aux moulins à eau.

Cela s'étendra donc à tout établissement à demeure permis ou concédé sur les eaux à titre de propriétaire, tels que les madragues, bordigues et bouchots sur les bords de la mer; à ceux qu'on obtiendrait par concession sur les rivières du domaine public, tels qu'un port particulier pour un établissement industriel; aux établissements formés sur les rivières non navigables ni flottables, tels que certaines pêcheries, ou un lavoir public établi par un propriétaire sur la rive de son terrain; aux établissements où l'on fait parvenir et où l'on retient les eaux dans l'intérêt de l'industrie exercée dans la propriété, comme les marais salants, bien que loin d'obtenir un dégrèvement de contributions comme les usines en général, leurs terrains et emplacements sont imposés sur le pied des meilleures terres labourables (*décret du 15 octobre 1810*); tous ces établissements et autres du même genre qui utilisent dans leur intérieur les eaux du voisinage sont *usines* dans le sens du Code civil, et les *ustensiles nécessaires* y sont *immeubles* par la force de la loi.

C'est en ce sens que le propriétaire d'une source thermale, qui exploite lui-même les eaux de la source dont il est propriétaire, immobilise par le fait les ustensiles directement nécessaires à l'administration des eaux. En ce sens, un établissement d'eaux minérales est regardé comme *usine*¹.

¹ Mais n'allons pas plus loin, et ne confondons pas avec l'établissement des bains l'établissement construit pour loger et réunir les baigneurs. Il n'y a que les ustensiles nécessaires à l'administration des eaux, que la source exploitée rend immeubles par destination. Les bâtiments que construit le propriétaire pour recevoir les baigneurs et leur faire passer agréablement le

58 bis. Une troisième vérité à induire de ce que nous avons dit plus haut, c'est qu'il faut comprendre sous le nom d'*usines des établissements qui n'ont pas de moteur*; l'énumération même que nous venons de faire le démontre.

En effet, si le nom d'*usines* s'applique incontestablement aux grosses forges, ce n'est pas à cause de leur moteur, mais à cause du secours continu qu'elles tirent et des lieux voisins où se trouvent soit les minerais, soit les bois, et de l'usage qu'elles font des richesses naturelles qui sont à leur proximité.

Il en était de même des verreries, des fabriques de glaces, qui toutes ne s'établissaient que dans les lieux où la terre fournissait les matières premières, et où les bois donnaient les moyens habituels de cuisson; des tuileries et briqueteries, qui avaient alentour les terres nécessaires à leur fabrication; des fours permanents pour la cuisson du plâtre à l'entrée d'une carrière, unique moyen de faire valoir le fossile que renferme la terre.

Comme nous l'avons dit plus haut, n° 46, les *usines à feu* n'ont généralement pas le feu pour moteur: il n'est pour les fonderies de métaux, pour les grosses forges, les verreries, les fours à chaux et à plâtre (incontestablement placés au rang des usines), qu'un agent de fabrication ou un instrument de travail.

Il faut donc rejeter la définition vulgaire que les usines sont tous les établissements mécaniques marchant à l'aide de l'eau, du vent, du feu ou de la vapeur. V. n° 46.

Ainsi ce n'est pas toujours le moteur qui constitue l'usine.

Ainsi, il y a des usines sans moteur, même un grand nombre d'*usines à feu*: elles sont usines parce qu'elles emploient et utilisent les produits naturels qui se trouvent alentour.

Ainsi même un grand dépôt des immondices d'une ville, avec des conduits pour les eaux-vannes, afin de les convertir en engrais ou poudrette, serait une usine dans le sens du Code, et les ustensiles de l'entrepreneur propriétaire du terrain seraient nécessairement immobilisés, en tant qu'ils seraient nécessaires à l'exploitation du fonds.

59. Il y a des usines avec une puissance motrice naturelle et locale; ce sont les établissements mécaniques qu'on fait

temps sont un hôtel garni dont les meubles ne perdent pas la qualité mobilière. La maison d'habitation n'a pas le caractère d'usine. (V. arrêt de cassation du 18 novembre 1845; *Pal.*, 1845, 1, 689.)

mouvoir par l'eau et le vent, parce qu'ils utilisent des forces naturelles qui, sans cet emploi, deviendraient inutiles.

60. Quant à la vapeur, il est certain qu'il y a des usines qui marchent par la vapeur.

Mais ce n'est pas l'emploi de la vapeur qui leur donne le caractère d'usine.

Il y avait avant le Code une belle usine à vapeur en France : la *pompe à feu* de Chaillot, établie en 1781, mais je doute qu'elle doive ce nom à la vapeur qui, dès le principe, lui servait de moteur; elle le doit à son emploi d'élever, répandre et distribuer dans Paris les eaux de la Seine, dont la ville, dans une mesure convenue, lui a concédé l'usage, et qu'elle reçoit dans des bassins pénétrant dans son établissement.

Puisqu'un moteur n'est pas de l'essence de l'usine, il est évident qu'un établissement n'est pas une usine par cela seul qu'il fonctionne à l'aide de la vapeur.

Il faut en outre qu'il exerce son action sur les ressources locales; c'est l'essentiel. Quand l'établissement ne marche pas à l'aide du vent ou de l'eau, forces naturelles qu'il faut utiliser dans l'intérêt public, il faut qu'il utilise dans l'intérêt public les produits ou les ressources locales.

Ainsi, par exemple, une fabrique de chocolat qui aura pour moteur une chute d'eau sera pour moi une usine dans le sens légal, parce qu'il importe à l'intérêt public que la chute d'eau soit utilisée. Une fabrique de chocolat qui fera écraser son cacao par une mécanique mue à la vapeur ne sera qu'une simple fabrique, avec un moyen plus puissant qu'un autre.

Ainsi, qu'un imprimeur fasse agir ses presses par une machine à vapeur ou par un rouage à manivelle, dans l'un ni dans l'autre cas je ne pourrai voir une usine dans l'imprimerie, malgré les opinions réunies de notre regrettable Hennequin et de MM. Dalloz, Taulier, Demolombe, et bien d'autres.

Non que je veuille nier les merveilles de la vapeur, mais je dénie qu'elle ait changé notre droit sans la volonté du législateur; je dis seulement que si elle a doté les manufactures d'un nouveau moteur, ce moteur est artificiel, et par là même que chacun peut se le procurer avec de la dépense, cet accident dans les moyens d'action n'est pas suffisant pour convertir en usine tout atelier, toute fabrique, toute manufacture.

61. Je comprends même qu'il y ait aujourd'hui des usines

inconnues à nos pères. Par exemple, les *usines à gaz* qui font circuler la lumière dans une ville entière. Mais pourquoi sont-elles usines? Justement, parce que les compagnies ont acquis ou obtenu des villes l'usage souterrain des voies publiques, pour y placer leurs conduits de distribution. Un établissement dans lequel on ferait du gaz portatif, pour le placer à l'intérieur dans des lampes ou appareils isolés, serait tout bonnement une fabrique de gaz et ne serait pas une usine.

62. Je n'entends pas non plus restreindre ce qui est véritablement usine.

Je verrai une usine dans une raffinerie, non pas à cause des dispositions particulières du bâtiment, mais parce qu'elle amène à sa fin le travail que se proposent les agriculteurs qui cultivent les plants qui produisent le sucre, les cannes en Amérique, les betteraves en France. La raffinerie complète ce travail agricole, comme le pressoir amène les raisins à la fin que se proposent les vigneron.

Je ne contesterai pas le nom d'*usine* à une brasserie, par la même raison que dans les pays du Nord la bière est une des fins de la culture locale de l'orge et du houblon, et que là il est d'intérêt public que le brassage n'en soit pas plus arrêté que si chacun le faisait chez soi, et manipulait les matières produites par son sol. Je le dirai même si la brasserie est dans un pays vinicole. Avec notre simplicité et notre unité de législation, il serait peut-être contraire à l'esprit de nos lois d'appeler *usine* une brasserie dans le département du Nord, et de lui refuser ce nom dans la Côte-d'Or ou dans la Gironde.

Mais je douterai longtemps encore qu'un établissement de *teinturier*, qu'une *tannerie*, quand les eaux de la rivière n'y pénètrent pas, qu'une *distillerie* commerciale, soient des usines, et par conséquent que les ustensiles placés dans ces lieux par le propriétaire, maître de l'établissement, sont immeubles par destination. Je n'aperçois plus ici cet intérêt public qui immobilise des choses meubles par leur nature; je n'y vois que l'intérêt de la profession personnelle du propriétaire.

63. Pour nous arrêter sur les distilleries commerciales, puisqu'il a bien été expliqué lors de la rédaction du Code que les *alambics*, *cuves* et *tonnes* dont parle le § 10 n'étaient pas ceux des distillateurs (Voir ci-dessus n° 42), il ne peut y avoir qu'une raison pour les regarder comme usines: c'est que pour la dis-

tillerie en grand on construit des bâtiments, des fourneaux et des conduits d'une forme particulière.

64. Or, nous repoussons de toutes nos forces cette raison qui se borne à dire que celui qui construit un bâtiment plus étendu pour y exercer son industrie en grand, édifie une usine, dans le sens du Code.

Cela n'est pas en droit. Si cela était, il faudrait voir une usine dans un vaste établissement de charpentier, de menuisier, de serrurier, de mécanicien ; ainsi les enclumes, les marteaux, et tous les instruments de toutes les professions seraient insaisissables chez les riches, et saisissables chez les pauvres artisans.

Nous savons bien qu'on donne, dans les usines proprement dites, le nom d'*usine* au bâtiment construit exprès pour recevoir le mécanisme que l'eau fait mouvoir. Mais cela ne veut pas dire que le bâtiment qui renfermera une fabrication quelconque sera une *usine* dans le sens légal. Qu'il reçoive ce nom aujourd'hui par un abus de langage, je l'accorde : mais les abus ou même les changements du langage n'ont pas la puissance de refaire la loi civile.

Il n'y a pas de raison pour qu'un distillateur, soit d'eau-de-vie, soit de produits chimiques ; pas de raison pour qu'une fabrique qui fait en grand ce que d'autres fabriques font en petit, soustraie ses ustensiles et ses machines à l'action des chirographaires. Le droit d'immobiliser les ustensiles d'un industriel est un *privilege* accordé à cette condition que le bâtiment sera une *usine* dans le sens attaché à ce mot au temps de la rédaction de la loi. Sans cette condition, *point de privilege*.

On ne peut donc pas ranger les *distilleries* commerciales au nombre des usines.

On ne peut pas y placer non plus une exploitation industrielle quoique les bâtiments aient été construits exprès pour l'exercice de l'industrie. L'industrie se campe dans les lieux où la valeur du terrain est faible ; elle les quittera dès que les lieux se peupleront et qu'elle fera un gain sur son acquisition d'immeuble. Quel besoin a-t-elle donc d'immobiliser ses ustensiles ? L'intérêt public n'y est pas intéressé. Le Code a donc entendu par *usines* les constructions d'intérêt local pour tirer partie des forces et des ressources naturelles ; il n'a pas eu les villes pour objet principal.

Nous croyons donc qu'il importe fort peu que les bâtiments

aient une forme et une destination particulières, Nous ne nions pas que ces bâtiments soient immeubles ; nous ne prétendons pas que le propriétaire ne puisse vendre avec les bâtiments les ustensiles qu'il y a simplement placés. Nous disons seulement que ces meubles placés pour le service de la profession, qui n'adhèrent pas à l'immeuble, n'ont pas été mis là pour l'exploitation du fonds, mais y ont été placés pour l'exploitation de l'industrie, et que la loi ne les immobilise qu'autant que le fonds est usine, jamais quand il ne l'est pas.

Ainsi, comme il a été dit plus haut, une salle de spectacle n'est pas une usine. Que les machines qui y sont affixées ou incorporées, conformément à l'article 525, soient immeubles, il n'y a pas de doute ; mais que les machines mobiles, que les décorations, que les ustensiles et le mobilier théâtral fassent partie de l'immeuble, on ne peut expliquer cette opinion que par une prévention erronée sur le sens du mot *usine* ; et nous avons tâché de la dissiper dans cet examen. La forme des bâtiments est indifférente tant que le bâtiment n'est pas ce que l'article 524, § 11, a nommé *USINE*.

On ne saurait donc repousser avec trop d'énergie la maxime de M. Demolombe (qui n'est que la reproduction exactement formulée des idées commerciales) : « Tout dépend, à cet égard, » de la destination essentielle et spéciale du bâtiment lui-même » dans lequel l'industrie s'exerce. »

La décision du ministre des finances, du 4 mars 1806, portant que les machines et décors d'un théâtre ne seront considérés que comme meubles pour la perception des droits d'enregistrement, n'est donc pas, comme on l'a écrit, une *faveur* ou un *encouragement* : c'est une application exacte des principes en matière civile ; et je me souviens de l'avoir entendu juger ainsi à la Cour de Paris sur l'appel d'un jugement d'ordre entre créanciers d'une entreprise théâtrale, mais je n'ai pu retrouver l'arrêt.

65. Nous nous arrêterons peu sur les autres parties de ce § 11. Nous n'avons pas besoin d'insister sur les mots « *nécessaires à l'exploitation du fonds* » pour que le lecteur remarque que ce qui n'est pas *nécessaire* à l'exploitation ne subit pas l'immobilisation ; qu'à mesure que les ustensiles mobiles sont mis hors de service, ils rentrent dans la classe des meubles comme y rentrent les pierres d'un mur écroulé ; que s'il y a luxe et surabon-

dance *évidente* dans le nombre des ustensiles, les chirographaires peuvent réclamer la fixation du nécessaire et requérir la vente de l'excédant ; qu'enfin, cette disposition législative se restreint aux ustensiles relatifs au but de l'usine, et non à ceux d'une industrie secondaire exercée dans le même lieu, fût-elle la plus lucrative et fût-elle même celle que le fabricant indiquât principalement au public (*V. l'arrêt du 18 novembre 1845, cité plus haut, et un arrêt de la Cour de cassat. du 27 mai 1821. S., 1821. 1, 327*).

XVI.— Observations sur le § 12 : *Les pailles et engrais*.— 66. Suppression du mot *foins* par la section, et pourquoi? — 67. Explication d'un passage de Pothier et de Trebatius.

66. Le troisième projet, dit de Cambacérès, portait : « les pailles, *foins* et fumiers destinés aux engrais ; » celui de la commission de l'an VIII : « les pailles, *foins* et engrais. » La section de législation a supprimé le mot *foins*, et avec raison : les foins sont destinés à la nourriture des bestiaux, et les pailles à l'engrais du fonds après avoir servi de litière.

67. Sur notre paragraphe, Pothier est encore le meilleur commentateur du Code (*Communauté*, n° 40) : « Les pailles qui sont nées dans une terre, et les fumiers qui y sont faits par les animaux qui servent à son exploitation, étant dès leur naissance destinés à demeurer toujours dans cette terre, à y être enterrés pour la fumer, et à être par là en quelque façon identifiés avec cette terre, sont réputés en faire partie. »

« C'est en conséquence de ce principe qu'Ulpien décide que lorsqu'une terre est vendue ou léguée, les pailles et les fumiers qui y sont appartiennent à l'acheteur ou au légataire comme en faisant partie : « *Fundo vendito vel legato, sterculinium et stramenta emptoris et legatarii sunt* (D. L. 17, § 2). »

« Comme c'est cette destination qui fait regarder les pailles et fumiers comme faisant partie de la terre, il faudrait décider autrement si l'usage du père de famille était de les vendre plutôt que de les employer à fumer sa terre ; ils seraient en ce cas réputés meubles et entreraient par conséquent dans la communauté légale du propriétaire de ces pailles et fumiers avec sa femme. »

« C'est la distinction que faisait Trebatius : *In sterculinio distinctio Trebatii probanda est, ut si quidem stercorandi agri*

causâ comparatum sit, emptorem sequatur (tanquàm pars fundi venditi), si vendendi, venditorem (quasi hoc casu non sit pars fundi venditi sed res mobilis distincta à fundo) (D. § 2). »

Entendons bien la distinction de Pothier. Elle n'est pas tout à fait celle de Trébatius.

Pothier parle des pailles et engrais nés et faits dans la ferme ; Trébatius des engrais acquis à l'extérieur, et apportés dans la ferme pour être revendus.

Pothier parle de la communauté, Trébatius de la vente du fonds.

Pothier suppose qu'un mari vendait tous les ans ses fumiers, et qu'à la mort de sa femme il veut se réserver les fumiers de son propre, comme accroissant à l'immeuble. Il répond que, quoique les engrais aient été faits dans le fonds, le mari est de mauvaise foi, parce que, ne les ayant jamais employés au besoin du fonds, il ne peut plus immobiliser par destination ceux qui sont nés pendant la dernière année de la communauté. — Et il a raison.

Ceci serait-il applicable à la vente de la ferme ?

Oui, si l'acquéreur avait *évidemment* connaissance de l'usage du vendeur de faire commerce de ses pailles et engrais.

Mais si l'acquéreur était un étranger, la présence des engrais dans la ferme pourrait être une forte présomption qu'il a compris dans le prix offert les engrais présents ; car c'est au profit de l'acquéreur et contre le vendeur que la convention doit être interprétée dans le doute. Le vendeur a eu tort de ne pas exclure formellement de la vente ce qui, dans l'usage ordinaire, est regardé comme immeuble par destination.

Quant à la distinction de Trébatius pour le cas de vente du fonds, elle est juste ; mais encore faut-il que, par les circonstances du fait, l'acheteur n'ait pas dû être trompé. Par exemple, s'il ignorait que le vendeur achetait des engrais pour les revendre, et que l'amas n'en fût pas assez considérable pour excéder les besoins actuels du fonds. C'est une question de fait et d'interprétation.

68. M. Demolombe enseigne que le foin et même l'avoine, nécessaires à la nourriture des animaux attachés au fonds, sont immeubles par destination (n° 250). Cette doctrine me paraît nouvelle. Aucune loi ne met les provisions faites pour l'année au nombre des immeubles par destination.

XVII. — 69. Deuxième partie de l'article 524 et première partie de l'article 525. Textes. — 70. Il s'agit ici de l'accession physique ou par affixion. — 71. Pourquoi la section de législation a-t-elle substitué le mot *fonds* aux mots *ustensiles d'hôtel* de la Coutume, et aux mots *bâtiments* employés dans les divers projets. — 72. Renvoi à une dissertation précédente. — 73. Observations.

69. *Sur le § 13 de l'article 524* : « Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure. »

Et sur le § 1^{er} de l'article 525 : « Le propriétaire est censé avoir attaché au fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux, ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. »

70. Voici la deuxième partie du travail du législateur.

Il s'agit maintenant de l'accession physique.

Jusqu'à présent l'article 524 a traité de l'accession purement morale, dans la vue principale des biens ruraux et des usines, pour le service et l'exploitation desquels il est permis au propriétaire d'immobiliser des meubles, même sans attache physique au fonds, et même sans exprimer que ces meubles y seront à perpétuelle demeure (V. ci-dessus, p. 404, n° 29).

Ce n'est bien que pour l'agriculture et les usines que les douze premiers paragraphes de l'article 524 ont été écrits. Ils n'ont point été écrits dans le principe pour les bâtiments.

Cela se prouve 1° par les termes de la Coutume de Paris, article 90, auxquels ont été empruntés le § 13 de l'article 524, et le § 1^{er} de l'article 525. Voici les termes de la Coutume : « Ustensiles d'hôtel qui se peuvent transporter sans fraction ni détérioration sont réputés meubles; mais s'ils tiennent à fer et à clou, et sont scellés en plâtre, et sont mis pour perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, sont censés et réputés immeubles. » Certes, ces mots *ustensiles d'hôtel* restreignaient la présomption de la Coutume à l'affixion dans les bâtiments. On prouve 2° que la première partie de l'article 524 n'a été écrite que pour l'agriculture et pour les usines par le texte de l'article 5 du projet de la commission du gouvernement, qui portait dans sa seconde partie :

« Les objets mobiliers que le propriétaire a **ATTACHÉS** à ses bâtiments à perpétuelle demeure. »

71. Cependant la section de législation a substitué les mots « *à son fonds* » aux mots « *à ses bâtiments.* »

Pourquoi? Est-ce pour dire que tout ce que le propriétaire place dans sa maison, et ce qu'il y envoie pour y être placé sans être attaché, devient définitivement immeuble? Évidemment non.

Le législateur a substitué dans le dernier paragraphe de l'article 524 et dans le premier paragraphe de l'article 525 les mots « *à son fonds* » aux mots « *à ses bâtiments,* » parce que la rédaction du dernier paragraphe de l'article de la commission pouvait faire naître cette idée fautive que ce qui était attaché physiquement à perpétuelle demeure, *ailleurs que dans les bâtiments,* n'était pas immeuble par destination. C'est à ce danger de la rédaction que la section a voulu remédier. Ainsi la vraie portée de la dernière partie de l'article 524 et de la première partie de l'article 525, qui parlent de fonds, est que, non-seulement dans les bâtiments, mais encore dans les champs et dans les usines, tout ce que le propriétaire y a fait sceller en plâtre, chaux ou ciment, et ce qui n'en peut être arraché sans bris, fraction ou détérioration de la chose ou du fonds, est immeuble par destination, à cause de l'attache physique. C'est là l'unique but de l'amendement. Certes, la première rédaction était incomplète; celle-ci est satisfaisante, parce qu'il y a nécessité pour les usines et dans les champs que certains objets utiles à l'exploitation y soient incorporés pour qu'on les retrouve en place.

Mais dans une maison, ce qui y est non attaché demeure meuble, quoiqu'il y ait quelques objets détachés qui font nécessairement partie de la maison, comme les clefs et les fermetures mobiles, que j'appellerai immeubles par destination, quoiqu'avec une sorte de regret; mais c'est mon devoir, puisque la nomenclature du législateur les comprend sous ce nom.

72. J'ai déjà expliqué cette partie de l'article 524 et les derniers paragraphes de l'article 525 dans une étude insérée dans cette Revue, t. III, p. 24, sur l'immobilisation des glaces d'appartement, et dans un examen d'un arrêt du 11 mai 1853, t. IV, p. 309, où j'ai énergiquement repoussé la pensée d'immobiliser les meubles qui ne sont placés dans une maison que pour l'oblectation et l'agrément du propriétaire ou de ses locataires; je n'y reviendrai donc pas ici. Je crois encore ma doctrine

vraie, malgré les arrêts contraires. Cependant je dois faire ici deux observations.

73. La première contre moi-même. J'ai dit trop absolument, t. III, p. 34, que je ne pensais pas qu'on *exploitât* une maison. J'aurais dû me borner à dire qu'on n'exploitait pas une maison de la même manière qu'un champ et qu'une usine. Louer soi-même sa maison, c'est l'exploiter et en tirer le produit qu'elle peut rendre. Je signale cette erreur, parce que c'en est une, et que depuis j'ai trouvé dans d'anciens auteurs la locution que je condamrais. Dans la discussion il faut retrancher toujours les arguments dont on reconnaît l'insuffisance ou l'erreur.

Mais louer une maison meublée n'est pas seulement exploiter une maison, c'est exploiter à la fois la maison et les meubles qui la garnissent; par conséquent, ma faute ne tire pas à conséquence contre l'opinion que j'ai alors professée. Si les glaces ne sont immeubles que quand elles sont encastrées dans la boiserie, et que, dans le fait, elles ne se soient pas trouvées dans les conditions prescrites par la loi, elles n'étaient pas plus immeubles que les autres meubles qui garnissaient la maison litigieuse; car celui qui, propriétaire d'une maison meublée et tenue même par lui en hôtel garni, se décide à vendre sa maison, ne vend pas en même temps les meubles qui la garnissent, et ne doit pas livrer plus qu'un autre propriétaire.

Ma seconde observation naîtra de celle que j'ai faite, il n'y a qu'un instant, sur un passage de Trébatius cité par Pothier. Les arrêts que j'ai cités dans ladite Dissertation peuvent être regardés comme des arrêts d'espèces, surtout l'arrêt dans l'affaire *Jamet*. Or, il est bien différent que les questions sur la nature mobilière ou immobilière de certains meubles s'élèvent à l'occasion d'une vente d'immeuble ou à l'occasion d'un règlement de communauté. S'il s'agit d'une vente, la Cour de cassation a pu trouver que la Cour d'appel avait puisé dans les énonciations du contrat et dans les faits de la cause l'interprétation de la volonté des parties; car le vendeur pouvait contre son intérêt aller au delà de la loi dans sa promesse; mais s'il s'agissait d'un règlement de communauté ou d'un legs des immeubles à l'un et des meubles à l'autre, sans restriction aucune, ces arrêts ne pourraient être invoqués, et l'on peut espérer encore que les tribunaux redeviendront sur ce point à la simplicité du Code Napoléon.

COIN-DELISLE.

DE L'ESSENCE DU DÉLIT.

SES CONDITIONS. — ENVERS QUELS ÊTRES IL EST POSSIBLE, — ET QUELS SONT CEUX QUI PEUVENT S'EN RENDRE COUPABLES.

Par M. J. TISSOT, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Dijon.

§ 1^{er}. — *Essence du délit; ses conditions.*

SOMMAIRE.

1. En quoi consiste le délit dans le sens le plus étendu de l'expression. — Dénomination et définition provisoires.
2. Raison probable de la confusion du droit naturel et de la morale, même de la morale religieuse.
3. La morale religieuse et la morale privée sont en dehors du droit naturel, à plus forte raison en dehors du droit positif.
4. Le souverain n'a pas mission directe de faire régner les bonnes mœurs; en voulant les épurer par la force, il les corrompt.
5. Définition plus achevée du délit, et conditions qu'en conséquence il suppose.
6. Toutes ces conditions sont loin d'être respectées par les législations barbares.
7. Ce que la loi doit défendre ou ordonner en général.
8. Tous les droits sont également sacrés comme droits.

Il y a délit, dans l'acception la plus large du mot, toutes les fois qu'il y a manquement volontaire, suffisamment éclairé et suffisamment libre, au droit d'autrui.

Du reste, le mot *délit* reçoit ici une acception universelle qui n'est pas la plus ordinaire dans le langage juridique de notre législation. Le délit, tel qu'il est défini par le Code pénal, n'est qu'une espèce particulière d'infraction à la loi; il y en a deux autres encore, les contraventions et les crimes. Les délits proprement dits tiennent le milieu entre ces deux extrêmes. Nous reviendrons sur ce point en parlant de la division de délits en général. Il suffit de savoir dès maintenant que par délit nous entendons toute espèce de manquement à la loi¹.

¹ Le mot *infraction* semblerait, d'après l'article 1^{er} du Code pénal, avoir cette signification générique dans la pensée du législateur français. Mais outre que ce mot ne s'emploie guère sans complément, nos criminalistes, d'accord avec les criminalistes étrangers, n'ont pas fait difficulté d'employer le mot *délit* dans le sens générique que nous lui donnons, quand ils ont senti la nécessité d'une expression de cette portée (par exemple dans l'article 1^{er} de la

C'est parce qu'on l'entendait ainsi, et qu'on ne distinguait pas d'ailleurs dans la loi naturelle, entre le précepte de l'honnête et celui du juste, parce qu'encore on sentait qu'il est convenable ou *juste* de remplir tous les devoirs qu'elle impose, et par conséquent *injuste* dans le même sens de ne les remplir pas, qu'on fut très-facilement conduit dès le principe à faire entrer dans les lois positives, expression plus ou moins fidèle de la loi naturelle, toutes les prescriptions de cette dernière.

On dut aisément tomber dans cette confusion, par la raison encore que l'on ne distinguait point dans les anciens temps le prêtre d'avec le prince, le sacerdoce d'avec l'empire, et que princes et prêtres étaient persuadés qu'il n'y avait rien de mieux à faire, dans l'intérêt public, qu'à mêler aussi étroitement que possible le culte, les mœurs et les lois, c'est-à-dire à faire entrer dans la législation, non-seulement les prescriptions qui ont la justice pour objet, mais celles encore qui ne concernent que la piété et l'honnêteté. Tout cela devint donc au même titre une affaire d'autorité publique, une question d'obligation civile ou de justice sociale. Et le pouvoir civil, qui est investi du droit de faire respecter la justice, devait, à ce compte, punir tous les manquements à la loi purement morale et religieuse, tous ceux du moins qu'il pourrait atteindre.

Comme il a de plus la mission de procurer le *bien public*, et qu'il n'y a pas de plus grand bien que les bonnes mœurs et la religion qu'il en regardait comme le principe ou la condition, les législateurs se persuadèrent aisément, par cette

loi du 13 brumaire an IV; dans les articles 59, 226 et 227, 307 et 308 du Code d'instruction criminelle). C'est dans le même sens que l'emploient BECCARIA, BENTHAM et son traducteur, ROMAGNOSI, CARMIGNANI, ROSSI et d'autres juriconsultes. On est en cela d'accord avec la langue commune, qui donne cette acception générique au mot *délit* (*Dictionn. de l'Acad.* — RAUTER, *Traité de droit pénal*, t. I, p. 81). Le mot *delictum* des Latins avait une acception plus large encore, au moins dans la langue commune, ainsi qu'on peut le voir par l'emploi qu'en font les auteurs classiques, Horace, par exemple. En droit romain il avait, comme chez nous, une acception générale et une spéciale; peut-être même la seconde était-elle plus usitée que la première. C'est le mot *injuria* qui répondrait le mieux, dans la nomenclature des lois romaines, à la signification la plus large de notre mot *délit*: *nam generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit* (liv. I, D., *De injur.*). Le mot *méfait*, employé par quelques criminalistes, nous semble appartenir plutôt à la langue morale et commune qu'à la langue juridique et spéciale.

autre raison, qu'ils devaient faire entrer les délits *religieux* et *moraux* dans leurs Codes.

Il ne s'agissait pas seulement, à leurs yeux, des délits contre la religion et la morale naturelles, mais encore, mais particulièrement, des délits contre la religion positive et ses préceptes. En effet, la loi naturelle fait un devoir moral d'accepter une religion positive lorsqu'elle est révélée; les ministres de cette religion, surtout quand ils passent pour être inspirés, à l'abri de l'erreur, sont dès lors les dépositaires d'une très-grande autorité morale; ils sont donc par là au-dessus des princes. Ceux-ci le reconnaissent. Ils acceptent du moins la religion positive comme règle de leur conduite, et se croient obligés de la faire respecter et fleurir.

Ajoutons qu'une fois engagé dans cet ordre d'idées, on n'a pas dû s'en tenir là, et qu'il a été fort naturel de penser que la société est faite pour la religion et l'homme pour la société. Mais c'est l'inverse : la société et la religion sont instituées pour l'homme. Ayant pour but de l'aider à atteindre sa fin, elles ne sont pour lui qu'un moyen.

Toute la liberté compatible avec l'ordre public doit donc être laissée aux membres de la société. Liberté donc de suivre sa conscience dans le choix d'une religion positive, dans le culte public propre à cette religion; liberté de se détacher de toute religion positive et de tout culte, de rejeter jusqu'à la religion naturelle même; liberté d'appeler la critique sur ses opinions personnelles, avec la chance d'être détrompé si l'on est dans l'erreur, ou d'être confirmé dans ses convictions ou dans sa foi si l'on est dans le vrai.

De même, en ce qui concerne la morale privée, l'individu ne doit compte qu'à Dieu et à sa conscience des actes qui ne portent aucune atteinte directe aux droits d'autrui, qui ne le lésent dans aucun de ses biens, qui ne mettent aucune entrave à l'exercice de ses droits, à l'usage et au développement légitime de ses facultés.

Sans doute qu'en usant de cette liberté on peut se tromper et manquer gravement à la morale; mais les inconvénients du système répressif en ces sortes de choses sont bien autrement graves.

Le législateur n'a pas qualité pour imposer ses vues, ses opinions en matière de religion naturelle : comme *homme*, il

n'a sur ce point que les idées ou les préjugés du sens commun; comme *philosophe*, il n'a que des convictions systématiques qu'il peut chercher à établir scientifiquement, mais qu'il serait irrationnel d'imposer; comme *législateur*, il n'a pas d'autre mission que de faire régner la liberté par l'ordre, et l'ordre par la liberté, c'est-à-dire l'un et l'autre par la justice. Tout prétendu bon ordre qui serait contraire à l'exercice d'une liberté inoffensive serait donc une erreur et une injustice. Il serait un prétexte tyrannique si l'on s'en prévalait pour contrarier une liberté individuelle qui ne s'oppose pas au légitime déploiement des autres libertés de même nature.

Le prince a moins qualité encore, si faire se peut, pour imposer ses convictions religieuses positives. Il n'est pas infail-
libre; il n'a en principe que des opinions, des préjugés qui peuvent n'être pas plus fondés que ceux des simples particuliers.

Il ne suffirait pas d'ailleurs qu'il *fût* dans le vrai, ni même qu'il *sût* y être, pour qu'il eût le droit d'imposer ses croyances. Cet état serait un bonheur, un heureux privilège pour lui, mais ce privilège ne pourrait être un droit de le faire partager dans une certaine mesure par des moyens violents.

Il y a même contradiction dans l'énoncé : être *obligé*, contraint physiquement de partager des *croyances* ! Mais rien n'est moins accessible à la violence extérieure que la pensée.

Le législateur qui met la force à la place de la persuasion, qui veut faire du prosélytisme avec le glaive, n'est qu'un tyran fanatique, qui peut outrager ou avilir des consciences, faire des martyrs ou des hypocrites, mais qui ne fera jamais des hommes vraiment religieux.

La bonne foi avec l'erreur vaut mieux pour la moralité privée ou publique que le défaut de sincérité avec toutes les apparences de la vérité, avec la vérité même. Ce n'est pas la religion qu'on *professe* qui est le plus utile aux mœurs, fût-elle la plus vraie; c'est celle que l'on *croit*, fût-elle fautive en beaucoup de points. Or la contrainte suppose que la conviction n'existe pas; en sorte que celui qui la subit se trouve condamné à professer l'erreur, une erreur relative au moins, et par le fait à se mépriser soi-même comme coupable de lâcheté ou d'hypocrisie.

Le législateur veut-il, au contraire, arriver à son but par la

persuasion, pourquoi donc employer la violence? Pourquoi y recourir, même pour forcer simplement à recevoir l'instruction? Est-il bien sûr d'abord qu'il ne prend pas sa *croyance* à la vérité de ses opinions religieuses pour la *certitude* de ces mêmes opinions? Comment pourrait-il avoir à cet égard la moindre assurance? De quelle autorité, d'ailleurs, pourrait-elle être à l'égard de ceux qui ne la partagent point? L'iniquité est bien autrement énorme lorsqu'il autorise un parti religieux à user de violence pour endoctriner les simples du parti contraire, sans accorder à ce dernier la même faculté. Il l'accorderait qu'il y aurait simplement égalité dans l'injustice, égale oppression de la liberté. C'est au contraire l'égalité dans la liberté que le souverain doit établir et protéger.

Une autre espèce d'intolérance qui n'est pas aussi universellement réprouvée que l'intolérance religieuse, c'est celle qui se prévaut du bien général pour faire régner les bonnes mœurs par la force publique.

Et cependant qu'est-ce qui fait la moralité d'une action, si ce n'est l'intention? Quelle prise Dieu a-t-il laissée au législateur sur le for de la conscience? Évidemment il s'est réservé à lui seul de nous juger à cet égard. Comment d'ailleurs atteindre les actes de la vie privée? comment les rechercher et les poursuivre sans se livrer à des investigations inquisitoriales, aussi odieuses qu'impuissantes, dont l'effet nécessaire serait de semer la haine et la division jusqu'au sein de la famille?

Le législateur n'a donc pas mission directe de faire régner la morale; sa grande affaire, c'est la justice, et encore la justice matérielle plutôt que la formelle.

Qu'il contribue de tout son pouvoir au règne des bonnes mœurs, en faisant répandre une saine instruction morale, convenable à tous les citoyens sans distinction de culte, c'est son droit, c'est son devoir; mais qu'il force par des peines au respect de la morale, dans les cas où la juste liberté d'autrui ne reçoit aucune atteinte, c'est ce qui dépasse son droit, son devoir et sa puissance.

Remarquons en outre que le législateur qui croit servir les mœurs par cette voie les corrompt. En effet, 1° on peut mettre en principe que la menace et la peine en général avilissent et indisposent l'homme, le rendent lâche et méchant. Raison de plus de n'ériger en délit que les actes dont la liberté extérieure

exige impérieusement la répression. 2° La contrainte, lors surtout qu'elle n'est pas d'une évidente nécessité, fait prendre en haine ce qui la provoque et celui qui l'exerce, par conséquent ici les bonnes mœurs et le pouvoir qui veut les répandre. 3° Pour exercer cette violence avec quelque succès apparent, il faudrait recourir à l'espionnage, à la dénonciation et aux autres moyens qui en sont les accessoires indispensables. Or il est certain que le lien social reçoit une bien plus forte atteinte de cet esprit de défiance et d'hostilité générale que de la liberté des mœurs. La meilleure preuve que la législation civile corrompt les mœurs et la religion quand elle les impose, c'est l'infériorité morale et religieuse des peuples où cet usage théocratique règne encore, par rapport aux nations où la loi civile est enfin rentrée dans les limites qui lui sont imposées par la raison et la justice.

Remarquons aussi qu'il y a pour les mœurs, privées surtout, une autre juridiction, celle de la conscience et celle de la religion. Quant aux mœurs publiques, l'opinion est un frein d'autant plus salutaire et plus puissant qu'elle est le produit plus libre d'une instruction plus générale, plus saine et plus forte ; et si l'opinion est en contradiction avec la tentative du législateur, il échouera pitoyablement. Si elle lui est favorable, elle suffit. Tout ce qu'on pourrait tenter de plus aurait d'ailleurs l'immense inconvénient d'attenter à une liberté légitime, d'avilir les citoyens, de rendre la mesure odieuse, et de jeter par suite la défaveur sur les bonnes mœurs qu'on prétendrait servir de la sorte. En voulant faire le bien par des moyens illégitimes, non-seulement on ne l'obtient pas, mais on dénature l'homme en l'avilissant ; on le pervertit en étouffant une liberté dont il abuse parfois sans doute, mais dont il use plus souvent encore d'une manière profitable pour lui-même et pour le reste de la société. Il faut savoir supporter un certain mal crainte d'un pire, et se bien persuader que les gouvernements ne sont responsables que du bien qu'ils peuvent faire sans sortir des limites de leur mission. Or cette mission, encore une fois, c'est de faire régner la justice ou le respect des droits stricts. Le surplus est une affaire d'éducation et d'encouragement de la part de l'État, mais pas de pénalité ; c'est l'affaire de l'opinion publique et des efforts des particuliers ; c'est enfin l'affaire de la liberté ou de la justice pour laquelle les gouvernements sont faits. Et comme elle n'est pas possible sans l'ordre public, la grande affaire des gouver-

nements est de veiller au maintien de cet ordre, non pas pour lui-même ni pour eux, mais bien pour la liberté ou la justice.

L'homme n'est pas la chose de l'homme; il n'est pas même la chose de la société, du souverain; nul n'appartient à personne, et chacun a le droit, civilement parlant, de faire un mal qui ne nuit qu'à soi-même, quelque condamnable qu'il puisse être aux yeux de la morale.

Il n'y a donc lieu pour le législateur à déclarer un acte délictueux qu'autant non-seulement que cet acte est fait avec volonté, intelligence et liberté, mais encore qu'il porte sciemment atteinte à un droit strict, naturel ou légitimement acquis, qu'il est de nature à être constaté, et que la société a intérêt à le punir. Plus simplement, suivant Rossi, le délit est la violation d'un devoir exigible¹.

Nous entendons en général par *droits stricts* ceux qui ont pour objet le bien de chacun; droits qui sont fondés en équité ou en simple justice, et au respect desquels on peut être physiquement et juridiquement contraint². Cette condition ne peut être satisfaite qu'autant que la transgression est susceptible d'être prouvée et réparée.

Il faut donc pour qu'il y ait délit ou action punissable par la justice humaine :

¹ Ailleurs (t. II, p. 7 et 8 de son *Traité de droit pénal*), il définit le délit « la violation d'un devoir envers la société ou les individus, exigible en soi et utile au maintien de l'ordre politique, d'un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale, et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine. » Il explique ensuite longuement cette définition. Le seul point où nous ne serions pas complètement d'accord avec cet illustre publiciste, c'est celui de la substitution du mot *devoir* au mot *droit*, plus généralement admis; par la raison, selon nous, que l'homme peut, *juridiquement*, disposer de tous ses droits. M. Rossi, comme presque tous les philosophes juriconsultes, ne pense le contraire que parce qu'il confond trop encore la morale avec le droit. On ne peut, *moralement*, faire l'abandon de beaucoup de droits, il est vrai, mais il n'en est pas un seul dont on ne puisse *juridiquement* disposer. Une autre question est celle de savoir jusqu'à quel point la société doit prêter son concours pour faire respecter des engagements immoraux : ce concours devant, à notre sens, être refusé, nous nous retrouvons ainsi d'accord avec M. Rossi.

² Il y a toutefois un grand nombre de droits naturels stricts, par exemple dans les rapports de famille, au respect desquels il est presque impossible de contraindre civilement.

1° Qu'il y ait préjudice matériel ou moral occasionné ou en voie de l'être, avec plus ou moins de volonté¹ ;

2° Que le délinquant ait agi avec la connaissance réelle ou présumable qu'il faisait mal, et avec liberté², par conséquent qu'il soit responsable de son action ; ou qu'elle lui soit imputable ;

3° Que ce mal soit fait à autrui ;

4° Qu'il soit positif, et non simplement un bien qu'on ne fait pas ;

5° Qu'il soit de nature à être constaté ;

6° Qu'il soit interdit, au moins implicitement, par la loi positive³ ;

7° Qu'il puisse être puni ;

8° Enfin qu'il y ait utilité sociale à le punir.

Ces conditions sont loin de se retrouver toutes dans les lois ou les usages des peuples peu civilisés. On n'y distingue pas assez la matière du délit ou le préjudice occasionné, de la forme du délit ou de l'intention de nuire. On distingue encore moins le degré d'intelligence et de liberté de l'argent. On s'attache plus au mal abstrait de l'action qu'au préjudice porté, surtout chez les peuples qui ne distinguent pas entre le droit et la morale. C'est le contraire chez les peuples qui n'ont pas de culte public, ou dont la religion ne s'étend pas aux mœurs, comme aussi chez les peuples assez éclairés pour comprendre la nécessité de distinguer entre le droit et la morale. Ces deux extrêmes semblent se toucher. Ils diffèrent en réalité autant que l'ignorance ou l'indifférence diffère du savoir et du respect de la justice et de la conscience. Nous pourrions signaler dans la législation criminelle des peuples grossiers plusieurs autres vices opposés aux conditions que nous venons de poser pour qu'il y ait délit. Nous n'en mentionnerons plus qu'un seul, le défaut de publicité

¹ Quelquefois le préjudice n'est pas réel ; mais en principe il est toujours censé l'être en ce qui regarde l'action publique ou la peine. Quant à l'action civile, aux dommages-intérêts, la question est différente.

² La volonté ne suppose pas nécessairement la liberté : le fou furieux vent ce qu'il fait ; mais il serait dur de lui imputer directement et pleinement son action, alors même qu'il en connaîtrait le caractère illicite. Il en est de même dans certaines manies et dans l'état d'ivresse.

³ Mais il vaudrait beaucoup mieux qu'il le fût explicitement, à cause du danger de l'interprétation arbitraire de la loi, ou de l'impunité qui résulterait du sens littéral.

des lois pénales, la violence qui leur est faite par la coutume ou le caprice du moment, l'immobilité dont l'ignorance les frappe; en un mot le peu d'importance des lois écrites en matière criminelle et leur barbarie¹.

Ce que la loi ne défend pas est juridiquement permis; tout ce qu'elle interdit est juridiquement défendu.

Mais que doit-elle défendre, que doit-elle ordonner? Elle doit défendre tout ce qui porte atteinte aux droits des particuliers ou de la société, et prescrire tout ce qui est nécessaire au respect de ces mêmes droits.

La détermination des droits à reconnaître et à consacrer par la loi est une question de droit naturel privé et public, qui a été résolue différemment, suivant les époques. Dans les temps et les pays où la religion, la morale et le droit étaient plus ou moins confondus, et où l'autorité religieuse dominait à un degré quelconque l'autorité civile, les fautes qui ne regardent que l'agent et sa conscience, ou qui intéressent tout au plus la société spirituelle qu'on appelle communion religieuse, étaient mis au nombre des délits civils et punis comme tels.

Grâce à la profonde distinction qui a été justement reconnue entre les deux pouvoirs, les délits purement civils figurent à peu près seuls aujourd'hui dans nos codes criminels. L'autorité temporelle respecte de plus en plus les consciences et la foi des citoyens; elle reconnaît tous les jours davantage les justes limites de son empire, et acquiert tout à la fois plus de force et de respect, à mesure qu'elle se confine plus soigneusement dans son véritable domaine. Elle sait maintenant qu'elle a une mission propre, qu'elle ne la reçoit d'aucune autorité étrangère,

¹ D'après un travail curieux de M. CONSTANTIN SIEGWART-MULLER, inséré dans la *Revue de droit français et étranger*, sur le droit pénal actuel des cantons d'Uri, de Schwitz, d'Unterwald, de Zug et d'Appenzel, on peut voir non-seulement que les progrès en droit criminel de cette partie démocratique et catholique de la Suisse n'ont pas été considérables depuis le XVI^e siècle, mais encore que la connaissance des lois n'y est pas facile. La plupart des textes de lois de ces divers cantons sont à l'état de manuscrits renfermés dans des archives. Ces lois sont d'ailleurs modifiées de mille manières par des coutumes non écrites. La Caroline est encore aujourd'hui en vigueur à Schwitz et à Zug, mais on ne l'observe pas strictement. Dans les autres cantons désignés plus haut, la législation pénale est bien plus incomplète que celle de Charles-Quint, surtout lorsqu'il s'agit de délits graves. Ces délits ne sont ni énumérés ni définis, et les peines sont laissées à l'arbitraire du juge.

qu'elle ne relève par conséquent que d'elle-même ou de la raison, qu'elle ne doit écouter d'autres inspirations que celle de la justice absolue et des vrais besoins des peuples. En cessant de tyranniser les citoyens au nom de la religion, elle s'est affranchie d'une tutelle dont la raison publique, d'après la raison absolue, l'a reconnue essentiellement indépendante, et a reconquis du même coup tous ses droits sur les rapports sociaux ou politiques de l'Église ou de l'État.

Nous n'aurions donc à nous occuper, en droit naturel et positif, que des délits purement sociaux, si nous ne trouvions pas dans l'histoire des législations criminelles des peines portées contre les fautes en matière religieuse et morale. Nous devons donc reproduire les principales dispositions de ces lois barbares dans le tableau que nous donnerons des délits et des peines, et dans l'examen dont il sera l'objet. On saura seulement que ces deux premières catégories ne sont point des délits civils, qu'elles ne comprennent que des péchés et des fautes¹; qu'il y en a même qui ne sont qu'un usage moralement irréprochable de la liberté extérieure de penser et d'agir, usage d'autant plus innocent qu'il est l'expression de convictions pleines de sincérité, d'honnêteté, quelquefois même de piété².

Les gouvernements et les peuples ont eu d'autres torts encore envers les particuliers : ils ont cru mal à propos, surtout dans l'antiquité, que les individus étaient faits pour la société, et que l'intérêt public pouvait tout légitimer. Erreur grave, qui a été la cause ou le prétexte d'innombrables injustices. La société est faite pour l'homme, et non l'homme pour la société. L'homme est la fin, la société le moyen.

Sans doute la société a des droits, mais pas d'autres que ceux des particuliers ; elle peut, comme eux, acquérir, posséder, administrer, aliéner, se défendre ou punir, en un mot se conserver. Mais à ces droits correspondent les mêmes obligations

¹ Franklin avait déjà dit dans son calendrier : « On distingue trois sortes de délits : les *péchés*, les *crimes* et les *vices*. Toute infraction de l'ordre divin est un *péché*; lorsque cette infraction de l'ordre est au détriment de notre prochain, on l'appelle *crime*; lorsque ce désordre n'est relatif qu'à nous-mêmes, on l'appelle *vice*. Le vice est puni par la honte; le crime par les supplices; la punition des péchés est réservée à Dieu. » — V. *Théorie des lois criminelles*, par J. F. BRISSOT DE WARVILLE, t. I, p. 101.

² Voir sur les délits en général, HORST (L. V. D.), *De injuriis*, Lugd. Batav., 1710; JONGH (J. DE), *De injuriis*, ib., 1718.

dont les individus sont tous, c'est-à-dire qu'elle doit respecter l'existence, la liberté, les biens et l'honneur des particuliers, tous leurs droits en un mot. Elle est même plus spécialement obligée de veiller au maintien et à l'intégrité de tous ces droits; c'est le but essentiel de son institution. Elle est naturelle, il est vrai; mais une des raisons fondamentales de son existence, c'est la protection ractive de tous ceux qui la composent en faveur de chacun de ses membres.

Il faut donc reconnaître qu'à son égard comme à l'égard des individus, les droits des particuliers doivent être sacrés; c'est-à-dire qu'ils doivent être respectés, quel qu'en soit le sujet, le titre ou l'origine et l'ancienneté; quel que soit l'intérêt que le public pourrait avoir à le violer, et les moyens par lesquels il pourrait le faire. Ce qui n'empêche point l'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant juste (et préalable) indemnité, où le prix d'affection est même pris en considération.

La société peut donc se rendre coupable envers les particuliers de plus d'une manière : par les atteintes directes qu'elle porte à leur liberté, à leurs propriétés; par la manière dont elle use de ses propres droits, dont elle les défend; en ne protégeant pas les droits des citoyens; en autorisant même des particuliers ou des corporations à les violer, sous prétexte d'utilité publique; en empêchant ces droits d'arriver à la connaissance de chacun ¹.

§ 2. — Envers quels êtres on peut délinquer.

SOMMAIRE.

1. Si l'on peut délinquer envers les choses;
2. Si envers les êtres de raison;
3. Envers les animaux : législation de la Perse, de l'Égypte, de la Grèce, etc., à cet égard.
4. Dispositions analogues dans le Pentateuque, chez les barbares, en Angleterre, en Suisse. Esprit tout différent.
5. Ce qu'il y a d'excessif et d'erroné dans la manière de concevoir les animaux à l'égard des traitements que nous pouvons leur faire subir : analogie poussée trop loin par les anciens, ou niée systématiquement par des modernes.

¹ On peut voir, sur ce sujet, un excellent chapitre de la *Filosofia del dritto* d'Antonio ROSMINI SERBATI, t. I, p. 660-695.

6. L'homme seul peut avoir des droits à l'égard de l'homme; mais il est obligé, pour lui-même, de ménager la sensibilité de l'animal.
7. D'où vient que des animaux ont été défilés, et que leur vie a été placée sous la protection des lois religieuses.

On s'étonne, au premier abord, que certains peuples aient cru que les animaux avaient des droits; on est même tenté de sourire de pitié. Mais on ne fait pas attention qu'il y a plus d'extravagance encore à reconnaître des droits à des choses qui n'existent pas, ou qui, si elles existent, sont inanimées ou tellement au-dessus de l'homme, qu'elles en sont absolument inaccessibles. Ne serait-ce pas le cas d'appliquer le *mutato nomine de te fabula narratur*? Eh quoi! vous admettez des délits envers la religion comme telle, vous les punissez d'une manière atroce; vous prétendez qu'un morceau de bois découpé en forme de croix ou de madone peut être outragé, et l'être assez grièvement pour mériter le plus affreux supplice, et vous riez de l'Indien, du Persan et de l'Égyptien, qui font entrer dans leurs codes des peines contre ceux qui maltraitent certains animaux! Peut-être même cette réflexion vous indispose-t-elle contre celui qui l'écrit. Calmez-vous, cher lecteur, et raisonnons un peu, puisque vous et moi ne cherchons autre chose que la vérité et la justice, et que nous condamnons également à titre de péché, ou d'action très-inconvenante tout au moins, ce qu'il est convenu d'appeler des manquements à la religion, des irrévérences graves, des sacrilèges.

Je commence par vous accorder que la religion, en tant que droit des particuliers, est on ne peut plus respectable civilement; qu'elle l'est infiniment aussi comme sentiment. Mais il faut que vous m'accordiez, à votre tour, que les législateurs qui croient qu'elle peut être outragée comme telle ou en soi, et qu'ils ont le droit de la venger, ne l'envisagent pas ainsi; ils la considèrent en elle-même comme une chose en soi. Eh bien! c'est là, vous le reconnaîtrez sans peine, une erreur grossière. La religion n'est point un être, une réalité vivante ou morte; c'est une idée générale purement et simplement, qui n'a d'autre objet que les sentiments religieux qui se trouvent dans chacun de nous à des degrés divers, et les réalités saintes auxquelles ces sentiments se rapportent. On ne peut donc pas outrager la religion, puisqu'elle n'existe pas à la manière dont l'entendent les législateurs dont nous parlons. Si l'emploi des tropes est

périlleux dans les sciences, il peut être funeste dans les lois.

Prétendrait-on que c'est le droit des particuliers outragés que l'on veut faire respecter par les lois de sacrilège? Mais comment, d'après ce qui vient d'être dit, pourrait-on le soutenir? Qu'y a-t-il de commun entre un droit véritable et une susceptibilité qui s'offense d'une opposition, d'une contradiction qui est pour ainsi dire dans la nature de l'homme, si féconde en diversités dans son unité même? Mais tout en accordant qu'il en soit ainsi, je nierais encore que cette susceptibilité religieuse eût le droit de s'exaspérer à ce point, et de faire respecter par le fer et le feu ses images et ses symboles, lors surtout que les manquements ne s'adressent à personne déterminément, qu'ils ne sont pour personne un obstacle à son culte, qu'ils n'atteignent illégitimement ni son corps, ni son âme, ni ses biens. Sans doute il est pénible de voir que d'autres ne pensent et n'agissent pas comme nous en des choses qui nous sont ou ne peut plus chères; mais c'est une peine qu'il faut savoir accepter, qui est la conséquence légitime d'une liberté nécessaire, de la différence inévitable dans la manière de sentir et de penser. De quel droit, en effet, prétendre que tous les hommes doivent sentir, penser et agir comme nous? Pourquoi n'auraient-ils pas la même raison de vouloir nous faire penser et agir comme eux? Qu'il nous suffise donc à chacun de penser comme nous voudrions, ou plutôt comme nous pourrions; et si ce n'est pas assez, qu'il nous soit permis de répandre par la parole et par l'écriture nos opinions, de faire du prosélytisme tant qu'il nous plaira; car après tout, c'est un besoin, c'est un droit dont l'exercice ne fait violence à personne, et qui peut avoir l'immense avantage de rallier une foule d'esprits. Il en divisera d'autres, il est vrai; mais ce mouvement de va-et-vient, c'est la vie, la liberté; c'est la condition pour arriver au vrai. Des erreurs nombreuses, profondes nous séparent, soit; la vérité est tout entière de votre côté, soit encore. Mais laissez-nous dire pourquoi nous ne pensons pas comme vous, de même que nous devons vous laisser dire pourquoi vous pensez autrement que nous. Quel si grand mal y a-t-il à ce que chacun rende ainsi compte, à soi et aux autres, de ses croyances, de sa foi, de ses convictions?

Vous ne vous plaignez point, dites-vous, qu'on raisonne, mais bien qu'on vous outrage dans les symboles de votre foi.—

Remarquons d'abord que si la discussion était libre, les autres actes d'hostilité seraient parfaitement inutiles, et pourraient être plus rares, du moins de la part de ceux qui auraient ou qui croiraient avoir de bonnes raisons en leur faveur. Remarquons ensuite qu'il n'est point raisonnable de s'identifier ainsi avec les choses matérielles qui se rapportent à nos croyances, pas plus que de les identifier avec les réalités saintes qu'elles peuvent figurer. Remarquons enfin que tout en commettant cette dernière confusion, il n'y a pas de raison pour que la société civile sévisse contre ces sortes de délits, en tant que manquements à la religion, aux saints personnages, à la Vierge, à Dieu même, par la raison que la religion, les saints, la Vierge et Dieu ne souffrent aucune atteinte de ces actions répréhensibles, et que le contraire fût-il soutenable, la société n'a pas mission de venger Dieu ni ses saints.

Nous aurons, du reste, occasion de revenir sur ce sujet. Nous devons seulement faire voir ici qu'il n'y a pas plus de raison d'imaginer des délits envers des choses fictives ou réelles, mais dépourvues de sensibilité, ou envers des êtres sensibles, mais qui sont hors de nos atteintes, et dont le respect n'est d'ailleurs pas essentiel à l'existence sociale, qu'il n'y a de raison d'ériger en délits envers les animaux les mauvais traitements qu'on peut leur faire subir.

Nous comprenons fort bien qu'à d'autres égards, c'est-à-dire en tant que les hommes y ont un droit engagé, on punisse les manquements à l'occasion des choses consacrées au culte, à la religion, mais point du tout en tant que ces choses auraient un caractère religieux et par cette considération seule. Nous comprenons également les lois de police qui protègent, chez quelques peuples modernes, les animaux domestiques contre les brutalités de leurs maîtres; les lois de la Chine défendant de tuer un animal utile qui n'a pas encore atteint tout son développement; les lois des Angles, des Bavares, des Wisigoths, qui infligeaient des amendes pour avoir crevé un œil à un cheval, à un bœuf ou à tout autre quadrupède domestique.

Ce n'est pas là qu'est l'excès ou la bêtise. Mais à part la protection toute particulière que certains animaux très-utiles pouvaient retirer d'une sorte de consécration religieuse, l'erreur et l'absurdité consistent à regarder les animaux comme des dieux, à se porter vengeurs des attentats dont les particuliers

peuvent se rendre coupables envers ces divinités singulières. Ces erreurs sont d'autant plus abusives que l'État comme tel, c'est-à-dire comme personne morale ou fictive, n'a ni réalité, ni destinée, ni droit, ni devoir. Et comme l'État n'est personne en particulier, par cela même qu'il est tout le monde, il a la foi, la religion de tout le monde; c'est-à-dire toutes les religions, même les plus opposées; c'est-à-dire encore aucune religion positive. Entend-on par État le souverain, le prince? Si le souverain est collectif, même résultat. S'il est individuel, ce n'est point comme souverain qu'il peut, qu'il doit même avoir une religion et qu'il l'a en réalité : c'est en tant qu'homme ou comme personne morale déterminée, capable de croyances et d'actes, ou plutôt de motifs d'action qui ne regardent qu'elle-même dans ses rapports avec Dieu. L'État, et par conséquent le prince, doit donc protéger toutes les religions à titre de droits chez les particuliers et n'en imposer aucune. Il ne doit pas même faire de prosélytisme, puisqu'autrement il mettrait les moyens de tous au service des idées religieuses d'une partie des citoyens.

Si l'on est allé plus loin, c'est, d'une part, qu'on ne se faisait pas une juste idée des droits respectifs de l'État et des particuliers, des rapports juridiques qui doivent unir les membres d'une même cité, de la juste étendue des droits de la conscience, de ce que c'est qu'une religion et du rôle de l'État en matière de culte; c'est, d'autre part, qu'on ne s'est pas fait non plus une idée vraie de la nature animale, de ce qui la sépare de la nature humaine.

Cette erreur se remarque particulièrement aux époques et chez les peuples où la raison est dominée par l'imagination. C'est par suite de cette erreur, qui tend aussi bien à rabaisser l'homme au niveau de l'animal, en élevant l'animal au niveau de l'homme, que le législateur de la Perse, Zoroastre, menace de sept cents ans d'enfer et de sept cents coups de fouet qui-conque oublie une promesse de récompense à un animal domestique qui a rendu des services, de huit cents si l'on ne rend pas les soins nécessaires à d'autres animaux qui ont servi longtemps, alors même qu'on ne leur aurait rien promis.

Il défend également de tuer de jeunes animaux utiles, de les frapper, de leur refuser la litière ou l'abri, à plus forte raison les aliments. C'est un crime capital à ses yeux de battre un

chien, de le blesser, de le tuer¹; comme c'est un acte de piété au contraire, et l'un des plus méritoires, de prendre soin des animaux, des animaux domestiques surtout.

On pourrait penser d'après cela que Zoroastre n'était animé dans ces sortes de prescriptions que par des considérations économiques et morales. Mais ne serait-il pas possible de civiliser et de moraliser les peuples, en respectant la vérité et le bon sens? Une vérité et un bon sentiment sont-ils donc nécessairement au prix d'une autre vérité et d'un autre sentiment, et faut-il absolument tromper le peuple pour l'instruire, pervertir son intelligence pour améliorer son cœur? Mais quelle idée alors se ferait-on de la droiture naturelle de son esprit, de l'harmonie nécessaire entre la vérité et la raison, des desseins ou de la sagesse de la providence créatrice? Ce qui porte à penser que tout n'était pas calcul ou politique plus ou moins bien entendue dans cette législation de Zoroastre, et qu'une sorte de superstition n'y était pas étrangère, c'est qu'il traite les bêtes en agents moraux. N'était-ce encore là qu'une mesure politique, comme nous la retrouverons ailleurs, pour inspirer l'horreur du crime? Nous ne savons. Quoi qu'il en soit, il ne se borne pas à défendre de tuer les jeunes animaux domestiques, de les frapper, de les mal soigner, de les laisser manquer d'aliments, de litière ou d'abri; il veut encore que le chien qui mord ait l'oreille droite coupée, et s'il récidive, l'oreille gauche; s'il ne se corrige pas, la queue; puis une patte, puis une autre.

La réputation de sagesse, qui est comme l'auréole de l'antique Égypte, se soutient jusque dans ses lois criminelles, à l'exception de certains délits qui tenaient aux croyances superstitieuses de ce peuple, par exemple, l'action de tuer un des animaux sacrés, même involontairement. Cet accident, qui n'était pas même un délit dans l'hypothèse, n'en était pas moins puni, et quelquefois du dernier supplice. Tant il est vrai que la superstition et le fanatisme sont comme deux maladies de l'âme qui font également perdre le sens du vrai et celui du juste! Mais peut-être que la superstition n'explique pas seule ces croyances et ces usages, puisqu'on payait une amende aux prêtres pour avoir maltraité un animal ordinaire².

¹ PASTORET, *Zoroastre, Confucius et Mahomet*, etc., p. 89-91.

² DIOD., I, §§ 83 et 84.

Une loi de Triptolème défendait aussi de faire du mal (inutilement sans doute) à aucune créature vivante. Une loi d'Athènes punissait de mort quiconque avait tué un bœuf de labour¹.

Des législations plus avancées, celle de Moïse², des lois modernes même, celles de l'Angleterre, de la France et du canton de Vaud (Suisse) ont pris les animaux sous leur protection ; mais c'est bien moins dans l'intérêt de l'animal, par respect pour son droit, que dans l'intérêt de la société humaine, de l'adoucissement des mœurs populaires.

Il a fallu, pour imaginer des droits aux animaux, que l'esprit oriental en fit d'abord des personnes.

C'est là sans doute un excès, qu'il soit dû à la fiction de la métempsychose ou à toute autre. Mais les animaux machines de Descartes ne sont-ils pas une autre hypothèse, dont les conséquences morales pourraient n'être guère moins fâcheuses ?

On ne peut cependant justifier Zoroastre par les torts de Descartes. Il étend la sphère du droit au delà de ses vraies limites, et le philosophe du XVII^e siècle ne la restreignait point. L'hypothèse de la matérialité pure des animaux, de leur insensibilité, et surtout de leur défaut absolu de raison, laissait subsister dans son entier le droit entre les hommes.

L'homme seul peut donc être le terme du droit comme il en est le principe.

L'erreur contraire n'était-elle pas plus grande encore, lorsque, non content de donner aux animaux une âme douce de personnalité, on élevait cette âme au rang des divinités, de divinités mortelles il est vrai, et qui n'étaient pas à l'abri de la méchanceté humaine³ ?

Mais y a-t-il beaucoup plus de sagesse à rabaisser la divinité immortelle et impassible jusqu'à la croire outragée par l'homme, qu'à élever l'animalité au point d'en faire un dieu fini, sujet à la douleur et à la mort⁴ ? L'inconnu a ses mystères, et la nature animale avec ses instincts qui confondent notre raison a quelque chose d'assez divin pour que l'ignorance naïve des premiers peuples ait imaginé du dieu, un dieu, dans la brute. Elle l'a placé dans la plante, dans la pierre, pourquoi pas dans l'animal ?

¹ PAUSANIAS, I, 28 ; VIII, 2.

² Lévitique, XXII, 24.

³ DIOD. DE SICIL., *ibid.*

⁴ V. BENTHAM, *Législation civile et pénale*, t. II, p. 8, note.

L'homme se connaît assez pour savoir qu'il n'est pas Dieu ; mais il n'a pas ainsi conscience des autres espèces de la nature. Son imagination est donc à l'aise pour y supposer à l'état latent de cause divine ce qui n'y est qu'à l'état d'effet, si déjà la cause n'est pas éminemment partout où se manifeste son effet.

Quoi qu'il en soit des circonstances cosmiques et psychiques qui ont fait étendre le droit jusqu'aux animaux, cette extension n'en est pas moins abusive. L'homme n'est pas de même espèce que l'animal ; l'un et l'autre cohabitent sur la terre, mais ils ne forment point une même société ; ils ne sont pas seulement coordonnés l'un à l'autre par la création, mais l'un est au-dessus de l'autre, et appelé à disposer raisonnablement de son subordonné.

L'homme ne peut donc juridiquement être coupable qu'envers l'homme.

§ 3. — *Qui est-ce qui peut délinquer ?*

SOMMAIRE.

1. Les animaux sont regardés comme coupables et punis.
2. Peines mieux graduées pour l'animal que pour l'homme : deux raisons possibles.
3. Différence entre la législation de Zoroastre et celle de Moïse à cet égard.
4. La législation athénienne faisait le procès aux choses inanimées elles-mêmes.
5. Trois périodes progressives dans la manière de faire porter la peine sur les choses ou les animaux.
6. Ces trois périodes ne sont successives que chez les mêmes peuples. Tous les degrés de civilisation parcourus dans un temps donné se retrouvent ici ou là. L'humanité ne marche que par la tête.
7. Comment des institutions en désharmonie avec un nouveau degré de civilisation se perpétuent.
8. Motifs raisonnables, en dehors de l'hypothèse de la moralité des animaux et de l'exemplarité, qui expliquent encore les procédures dont il s'agit.
9. Raisons particulières pour certains délits moraux.
10. Les hommes seuls peuvent délinquer ; et les individus seulement, non les communautés. Cette question tient à la précédente, et s'explique par les mêmes raisons. Elle se résout de la même manière.

Zoroastre ayant donné aux animaux des droits dut leur reconnaître des devoirs, même envers l'homme.

Aussi avons-nous vu qu'il condamnait le chien hargneux qui continuait à mordre un autre animal ou un homme, à une

mutilation successive, à perdre l'oreille droite d'abord, l'oreille gauche, ensuite la queue, une patte, puis une autre, puis la vie¹.

Mais une chose bien remarquable, c'est qu'il y a plus de longanimité dans la punition de ces délits que dans la répression des délits analogues commis par l'homme contre l'animal. Est-ce parce que l'homme sait mieux ce qu'il fait que la brute, ou serait-ce parce que la brute serait au-dessus de l'homme dans la pensée du législateur et demanderait plus de ménagement? Cette seconde hypothèse est invraisemblable.

Zoroastre n'est pas le seul législateur qui ait décerné des peines contre les animaux; Moïse avait décidé la même chose. Mais il y a cette différence que Zoroastre semble avoir pris plus au sérieux la personnalité de la brute, tandis que le législateur juif ne voulait sans doute qu'inspirer l'horreur du crime, en le poursuivant jusque dans une cause innocente, quoique animée.

Cette interprétation, d'ailleurs justifiée par des textes positifs, semble surtout nécessaire en voyant la législation criminelle d'Athènes antérieure à Dracon, faire une sorte de procès à des objets inanimés, qui avaient par hasard occasionné la mort d'un homme. Elle poursuivait jusqu'aux instruments matériels du crime. A plus forte raison devait-elle faire le procès aux animaux qui avaient occasionné du mal à quelqu'un. C'est ainsi, par exemple, que Dracon avait ordonné la mise à mort de l'animal homicide. D'après la loi de Solon, le chien était livré à celui qui en avait été mordu².

La loi des Douze Tables avait statué d'une manière analogue en pareil cas. Le propriétaire d'un cheval vicieux (*calcitrosus*), ou d'un bœuf porté à frapper de la corne, pouvait, en cas d'accident de la part de ces animaux, se libérer en les abandonnant à la partie lésée. Du reste, cet abandon n'avait pas lieu à titre de peine contre l'animal, puisque, suivant Justinien, l'animal manquant de raison ne peut commettre aucun délit. C'était

¹ *Vendidad-Sadé* (Farg. 13, p. 383). Il y a quelque variante sur cette mutilation successive : des textes portent une blessure aux pattes en troisième lieu, en quatrième la perte de la queue, en cinquième lieu la mort. Nous avons suivi la version où la peine est le mieux graduée. Ce n'est cependant pas la plus vraisemblable : un chien dont une patte aurait été coupée, à plus forte raison s'il avait été privé de deux, n'aurait pu rendre aucun service.

² PLUTARQ., *in Sol.* — V. MACKELDEY et M. GIRAUD, *Hist. du droit romain*, p. 489, édit. 1841.

donc à titre d'indemnité. La preuve, c'est qu'on n'en était pas quitte à si bon marché lorsque l'animal qui occasionnait un préjudice considérable était de sa nature malfaisant, tel qu'un ours, un lion, etc. Le maître d'un esclave qui avait commis un délit pouvait se libérer également de l'action noxale en l'abandonnant au plaignant¹.

On peut distinguer dans ce genre de poursuite quatre époques : celle où l'animal, ou même la chose, était regardée comme animée, et traitée sérieusement comme telle; celle où l'animal n'était poursuivi que symboliquement, pour ainsi dire, et dans le but de frapper l'imagination du peuple; celle où il est abandonné à titre d'indemnité; celle enfin où il est protégé dans l'intérêt des mœurs publiques.

Il faut rapporter à la première période les procès sérieusement intentés aux animaux. Moins l'homme a de raison, plus il en suppose aux bêtes. Sans donner positivement en partage la raison morale aux animaux, le peuple leur suppose tout au moins une sorte de raisonnement, en vertu duquel il cherche à former l'individu ou à se prémunir contre l'espèce. Ce qui fait dire à Leibnitz que les procédures criminelles contre les animaux seraient toujours bien fondées si elles servaient². Réflexion équivoque, car les résultats de la procédure pourraient être utiles sans que la procédure en elle-même fût raisonnée ou bien fondée, puisqu'elle partirait du faux principe que les animaux sont doués d'une raison morale. Pour mieux comprendre la justesse de notre observation, il suffit de lire les faits à propos desquels Leibnitz semble approuver au moins conditionnellement ces sortes de procédure. « Rorarius, dans son livre de *la Raison des bêtes*, dit qu'on crucifiait les lions en Afrique pour éloigner les autres lions des villes et des lieux fréquentés, et qu'il avait remarqué, en passant dans le pays de Juliers, qu'on y pendait les loups pour mieux assurer les bergeries. Il y a des gens dans les villages qui clouent des oiseaux de proie aux portes des maisons, dans l'opinion que d'autres oiseaux de proie n'y viendraient pas si facilement. »

À la seconde période de cette procédure criminelle appar-

¹ *Instit.*, IV, 9, proœm., § 1; *ibid.*, 8, pr., §§ 1, 2, 3; — L. 1 et L. 8, fragm. 6, D., *Si quadr. paup.*; — L. 6, § 1, Dig., *De re judicata*. — V. aussi l'article *Deodand*, dans SAINT-EDME, *Dict. de la pénalité*.

² *Théodicée*, 1^{re} part., n° 70.

tiennent sans doute les lois de Moïse¹, de Solon et des Douze Tables. L'animal n'est plus un être moral dans la pensée du législateur. On ne songe même pas à l'effet de l'exemple sur les animaux; ce n'est pas sur leur esprit qu'on veut agir, c'est sur l'esprit des hommes.

A la troisième appartiennent les dispositions qui permettent au maître de la chose, de l'animal ou de l'esclave qui a occasionné le préjudice, si d'ailleurs on ne peut lui reprocher rien de plus, de se soustraire à toute poursuite en faisant l'abandon de sa chose. Il n'est plus tenu qu'à désintéresser le plaignant, soit en livrant l'animal, soit en le gardant. L'animal n'est donc plus en cause, et si le propriétaire peut se libérer en l'abandonnant, c'est parce qu'on regarde comme injuste qu'un objet par lui-même puisse être pour le propriétaire l'occasion d'une perte qui s'élève au delà de sa propre valeur². Cet état de choses est une transition à la plupart des législations modernes, qui non-seulement ne cherchent plus aucun effet moral à la fiction, parce que l'esprit contemporain serait plus frappé de l'absurdité de cette fiction qu'utilement impressionné par l'intention morale qui l'aurait dictée, mais qui ne permettent pas même de se libérer de l'obligation de réparer le dommage par l'abandon de la chose qui l'a causé.

La quatrième période se distingue par la nécessité où le législateur s'est cru placé de forcer les particuliers à ménager la sensibilité publique, en réprimant les excès auxquels ils pourraient se livrer envers des animaux domestiques. Ces sortes de dispositions font honneur à notre siècle, et prouvent une intelligence véritable des égards obligés envers les personnes douées d'une juste sensibilité.

Au surplus, et cette remarque s'applique à tous les faits qui, comparés entre eux, forment une série progressive, les améliorations qui s'introduisent dans un pays, à une époque donnée, ne sont pas immédiatement accueillies des autres pays. Le progrès est local; il est circonscrit dans le temps et l'espace. Ce n'est qu'avec une peine influie qu'il se répand et devient

¹ *Exod.*, XXI, 28-36; — *Lévit.*, XXIV, 18, 21. — Le bœuf homicide était lapidé.

² *Instit.*, VI, 8, § 2. — Summa autem ratione permissum est noxæ deditio fungī, namque erat iniquum nequitiam eorum (servorum) ultra ipsorum corpora dominio damnosam esse.

général. Il y a plus, c'est que tous les degrés inférieurs de civilisation sont contemporains d'un degré supérieur quelconque; tandis qu'un peuple avance, les autres restent en arrière. Si plusieurs se mettent en marche, il en reste toujours assez pour représenter les retardataires à tous les degrés. Changez de latitude ou de longitude, et la barbarie que vous aviez quittée au Nord ou à l'Occident se retrouvera au Midi ou à l'Orient. Traversez les siècles en changeant de nations, et vous retrouverez les mêmes erreurs, les mêmes abus; l'humanité semble être restée la même. Faites mieux: laissez passer le temps, restez sur place, attendez la guerre et ses fléaux, la conquête d'un peuple avancé dans la civilisation par un peuple barbare, et vous verrez cette civilisation s'évanouir avec les générations qui en portent les derniers fruits; la nation, tout en restant la même en apparence, redescendra l'échelle du progrès, et tombera au niveau de ses oppresseurs. D'autres fois cependant elle ne fera que la moitié du chemin; les conquérants par le fer seront à leur tour conquis par l'idée; et cette partie de l'humanité, grossie comme par alluvion, reprendra sa marche.

A une époque et dans des lieux où la loi romaine était sortie du symbolisme (à plus forte raison du panthéisme, ou de cet anthropomorphisme qui consiste à faire les animaux à l'image de l'homme, et qui inspira les premiers législateurs à l'égard des préjugés occasionnés par les animaux), on trouve des peuples nouveaux qui ont apporté avec eux leurs erreurs et leurs superstitions, et qui les ont transmises à leurs successeurs ou à leurs voisins. Des dispositions analogues à celles de Moïse, de Solon et des Douze Tables se rencontrent en effet chez les Burgondes et les Alamans¹. A une autre époque bien plus rapprochée de nous, Guypape raconte qu'en revenant de Bourgogne il vit un porc pendu aux fourches patibulaires de Châlon, et qu'il apprit que cet animal avait été condamné pour avoir tué un enfant². Le siècle de Louis XIV dut voir encore, à Paris même, des aberrations de ce genre, tant il est vrai que la plus grande culture littéraire n'est pas le signe complet de la civilisation; il faut de plus un esprit de critique profond, c'est-à-dire

¹ MICHELET, *Orig. du droit français*, p. 354.

² JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, p. VI. — GUYPAPE est mort en 1472.

l'esprit philosophique, le seul qui soit capable de signaler toutes les erreurs et tous les abus.

Remarquons encore que les institutions bizarres ou absurdes pour une époque, mais très-naturelles pour le temps où elles ont pris naissance, survivent souvent à l'esprit qui les a fait naître; elles durent parce qu'elles existent; elles sont maintenues parce qu'elles sont établies. Elles périssent par l'esprit longtemps avant de périr par le corps. Elles font partie d'un édifice qu'on ne veut pas, qu'on ne peut pas ébranler, et dont on laisse debout pour cette raison les parties les moins commodes et les plus inutiles. Qui croirait, par exemple, qu'Athènes, raisonneuse jusqu'à la témérité, jusqu'à l'impiété, ait respecté des procédures absurdes, antérieures à Dracon? Et cependant l'Ἐπι προταυελῶν était un tribunal qui avait mission de juger les événements meurtriers survenus par l'effet de quelque objet inanimé, comme par la chute d'une pierre, d'un arbre¹. Les objets qui, dirigés par une main inconnue ou par un accident quelconque, avaient occasionné la mort d'un citoyen, étaient transportés hors du territoire par les φυλοβασιλεῖς². La première cause portée à ce tribunal, dont la création remonte à l'époque d'Erechthée, fut celle d'une hache, avec laquelle un prêtre avait donné la mort à un bœuf³.

Il faut du reste, nous le répétons, se garder de confondre un procès fait à un animal ou à une chose, et une formalité judiciaire ou religieuse destinée soit à confisquer régulièrement l'objet qui a servi d'instrument pour un crime ou qui l'a occasionné fortuitement, soit à inspirer une profonde horreur pour le mal, et à soustraire aux regards du peuple, et surtout des parents et des amis du coupable ou de la victime, des choses propres à rappeler des idées fâcheuses et des sentiments funestes. Il y a quelques années seulement qu'un particulier d'Autun fut tué d'une chute de cheval dans une course publique; son fils aimait mieux faire abattre cet animal que de le vendre. On conçoit qu'il ne pouvait guère le garder, quelque innocente que pût être cette bête. Dira-t-on qu'il y a là une sorte de justice

¹ DÉMOSTH., in *Aristocr.* — POLYBE, VIII, 10.

² AESCH., in *Ctes.* — POLYBE, *ibid.*

³ PAUSAN., — ÆLIAN., *Var. hist.*, liv. VIII, 3. — V. ROBINSON, *Antiq. gr.*, t. I, p. 169.

criminelles rendue par le propriétaire contre son cheval? Ce serait abuser des termes.

Jousse pourrait donc bien tomber dans ce défaut lorsqu'il dit qu'on fait quelquefois le procès aux choses inanimées, comme quand on brûle des libelles et autres écrits séditieux; quand on brise des statues ou que l'on rase des châteaux, des forteresses et autres édifices, etc. ¹.

Il faut donc reconnaître avec M. Rauter qu'on a mal à propos regardé beaucoup de cas de simple destruction d'un corps de délit comme des exécutions criminelles ².

Si l'animal qui avait servi à consommer le crime de bestialité devait périr, c'était, on le comprend, par des raisons de moralité publique, et point du tout parce qu'il était coupable. Quand on se décide à donner de la publicité, et une publicité solennelle à de semblables turpitudes, il faut être conséquent.

L'exorcisme dirigé contre les animaux malfaisants porte aussi dans quelques cas le caractère d'un jugement criminel qu'il s'agit d'entendre : c'est la puissance divine qui est invoquée contre eux, alors même que la formule les apostrophe et qu'on les livre pour la forme au bras séculier ³. Ces formalités ne nous semblent cependant pas complètement exemptes de ridicule, d'absurdité et même de superstition.

Il n'est pas non plus présumable que l'imagination populaire, celle même des premiers législateurs, ne se soit pas laissée emporter au point de concevoir une certaine personnalité dans les animaux, dans les choses (le fétichisme en serait une preuve au besoin), et que la notion de culpabilité n'ait été appliquée directement à des êtres irresponsables ⁴.

¹ JOUSSE, t. I, p. IV.

² *Traité du droit criminel*, t. I, p. 94, note.

³ LEGENDRE, *Traité de l'opinion*, t. VI, p. 113, en rapporte une de l'official de Troyes, à la date de 1516.

⁴ Voir pour les procès faits aux animaux, entre autres ouvrages, un article de M. PEIGNOT, dans les *Mémoires de l'Académie de Dijon*, année 1831, p. 54-77, sur Chasseneuz; — *Journal des savants*, année 1846, p. 640; — DULAURE, *Histoire de Paris*, t. III, p. 57; t. IV, p. 452; t. VII, p. 214; — CIRBRARIO, *Della economia politica del medio eto*, t. II, p. 136, qui renvoie à GRIMM, p. 556; — SAINT-EDME, *Dict. de la pénalité, v° Animaux*; — BERRIAT-SAINT-PRIX, *Rapport et recherches sur les procès et jugements relatifs aux animaux*, in-8°, Paris, 1829. — M. CHARMA, dans ses *Leçons de logique*, p. 330, renvoie sur ce sujet à SOMMER, *De pœnis brutorum*; à MAYER, *De peccatis et*

Il faut donc un progrès de la raison pour ne pas étendre les notions de devoir et de culpabilité au delà de leur sphère propre, au delà de l'humanité dans ses rapports avec elle-même.

Mais dans l'humanité même, il n'y a que les personnes véritables, les individus, qui puissent être coupables; les personnes morales ne peuvent l'être, parce qu'elles ne sont que fictives, parce qu'elles n'ont de réalité que dans les individus qui les composent. Que de fois cependant des cités, des tribus entières ont été punies pour les fautes de quelques-uns de leurs membres, quoiqu'il n'y eût ni mission donnée par tous ni même assentiment!

Qu'il y ait une sorte de solidarité entre les membres d'une même communauté, pour supporter des injustices venues du dehors, et qui ne sont proprement dirigées contre personne en particulier, qui sont plutôt exercées contre la communauté comme ennemie, cela se conçoit; mais que des peines proprement dites atteignent les innocents comme les coupables, voilà qui est souverainement injuste et barbare, quoique pas sans exemple encore dans les temps modernes. C'est quelque chose, toutefois, de reconnaître les caractères plus que barbares de pareilles vengeances. Le grand mot de *droit de la guerre* ne les justifie pas davantage.

J. TISSOT.

poenis brutorum; à SCHRADER, *De simulachris virtutum in brutis animalibus*, etc,

NOTIONS FONDAMENTALES SUR LA JUSTICE PAR JURY.

BUT DE SON INSTITUTION.

Par M. SELIGMAN, juge au Tribunal civil de Laon.

Nous n'allons pas entrer dans des recherches savantes sur l'origine du jury. Cette question d'un grand intérêt historique a été l'objet d'études bien approfondies. Peu importe en effet, pour en faire ressortir les traits caractéristiques, que l'institution du jury soit née sur le sol de la France sous la forme du jugement par les pairs et de l'enquête du pays, ou qu'elle ait été empruntée aux Anglais. Il est constant que partout où nous rencontrons le jury, malgré les différences législatives par rapport à sa composition, à ses attributions, aux formes de procéder, son institution se présente avec certains caractères essentiels que nous allons faire connaître.

Il faut que les citoyens appelés à faire partie du jury soient choisis dans le peuple, en dehors des juges nommés à vie, ou élus comme tels pour une certaine période; qu'ils soient désignés pour chaque cas particulier à soumettre à leur juridiction, avec le droit pour l'accusé de faire des récusations; que le verdict que prononce le jury après débat oral forme la base du jugement à rendre par les magistrats. Montesquieu¹, en exposant les principes de la constitution anglaise, donne une idée exacte des notions essentielles à l'institution du jury. « La puissance de juger, dit-il, doit être exercée par des personnes » tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année; » de la manière prescrite par la loi pour former un tribunal qui » ne dure qu'autant que la nécessité le requiert; il faut que » dans les grandes accusations le criminel, concurremment avec » la loi, se choisisse des juges, ou que du moins il en puisse » récuser un si grand nombre que ceux qui restent sont censés » être de son choix...; il faut même que les juges soient de » la condition de l'accusé ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas » se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de » gens portés à lui faire violence. »

¹ *Esprit des lois*, liv. II, chap. 6.

Pour être du jury on n'a pas besoin d'être juriconsulte. Les jurés ne décident généralement que des questions de fait. Il faut convenir cependant que le fait n'est pas toujours sans un mélange de droit, même en matière criminelle. De là la nécessité de leur adjoindre des magistrats pour les diriger dans leurs investigations, leur expliquer les points qui touchent au droit, et enfin appliquer la loi au verdict rendu par le jury. Cette coopération intelligente de la magistrature, élément de stabilité, et de l'élément populaire qui se renouvelle pour toutes les affaires, produit les meilleurs effets pour la décision des questions soumises à cette juridiction. Si d'un côté on ne peut nier que les juges possèdent une instruction plus grande et une intelligence des affaires plus profonde, de l'autre il faut concéder que les jurés choisis dans toutes les classes et situations de la société apportent leur contingent de connaissances et d'expériences puisées dans la vie pratique à laquelle le corps judiciaire demeure plus étranger. Dans tous les cas il est évident que des hommes appelés à remplir passagèrement des fonctions, y apportent cet esprit frais, ce vif intérêt qu'on ne rencontre pas au même degré chez les juges, où l'habitude finit souvent par rendre le travail plus routinier. De même on ne peut se dissimuler que le magistrat, habitué avant tout à respecter la loi, n'ait une plus grande propension à son application textuelle, tandis que les jurés, se pénétrant davantage dans leur appréciation de la moralité du fait et des exigences du milieu social dans lequel ils vivent, feront dans certains cas un heureux contre-poids aux rigueurs exagérées du texte de la loi. C'est donc se méprendre complètement que de voir dans l'institution du jury principalement une création politique favorable aux idées démocratiques, au lieu de l'examiner au point de vue de l'organisation judiciaire. Aussi est-ce comme bonne institution de justice surtout que le jury est envisagé et estimé en Angleterre¹.

¹ Le chancelier Campbell déclara le 27 février 1854 à la chambre des lords, que le jury était la meilleure institution judiciaire pour arriver à la découverte de la vérité. « Sans doute, dit-il, les jurés se trompent quelquefois; mais n'en est-il pas de même des juges? Présidant pendant onze années le jury, en ma qualité de grand juge, j'ai cru que dans tel ou tel cas le jury s'était trompé; mais après réflexions postérieures, j'ai reconnu que leur décision était bonne. — Aussi, ajoute-t-il, ne faudrait-il pas s'imaginer

En France le jury n'existe que pour le grand criminel. Déjà l'Assemblée constituante l'avait écarté pour les affaires civiles, après une discussion solennelle, et sur les observations du célèbre Tronchet, portant qu'avec notre système des preuves en matière civile exigeant des écrits pour la constatation des sommes dépassant 150 francs, et les formalités prescrites pour les testaments, donations, etc., il était impossible de faire statuer même sur le fait par des hommes non versés dans le droit.

Quant aux affaires commerciales, l'établissement des tribunaux spéciaux composés de négociants constitue une espèce de jury permanent pour la solution des difficultés de ce genre. Seulement il est à regretter que les juges consulaires n'aient pas à leur côté un magistrat versé dans le droit pour les guider et les éclairer dans l'application souvent difficile de la loi au fait. L'institution du ministère public près les tribunaux de commerce répondrait à ce besoin bien senti pour la bonne administration de la justice commerciale.

Des propositions faites en 1848 pour soumettre au jury tous les délits justiciables de la police correctionnelle ont été repoussées, avec juste raison, par le motif que ces délits s'établissent en grande partie par des procès-verbaux faisant foi en justice, et que d'ailleurs leur nombre immense demanderait un sacrifice trop lourd de la part des citoyens, sacrifice que l'État ne peut exiger d'eux à une époque où l'activité industrielle est si nécessaire aux travaux de chaque jour.

En ne perdant pas de vue l'appréciation du jury, surtout comme institution judiciaire, on est à même de faire ressortir l'avantage qui en résulte pour la bonne administration de la justice. — Il est hors de doute que des hommes choisis dans les diverses situations de la vie, familiarisés avec les habitudes, les allures, les manières de voir de toutes les classes de la société, ne soient d'excellents juges pour résoudre la question de moralité et, partant, de culpabilité de chaque accusé, d'après sa position particulière. Le verdict qu'ils rendront sera pour ainsi dire l'expression de la conscience du peuple même; aussi cette justice populaire du jury donne-t-elle une grande sécurité aux accusés, puisque personne ne peut être déclaré coupable

- » que parce que les juges pensent que le jury a rendu un mauvais verdict, il
- » en fût ainsi. Cette conclusion serait dangereuse, parce que les magistrats
- » envisagent trop les questions au point de vue professionnel. »

que par ses concitoyens, et cette confiance est encore augmentée par le droit de récusation qui doit être exercé de façon que les jurés puissent être regardés comme des arbitres auxquels l'accusé et la société ont soumis la décision à rendre. Ajoutez à cela l'avantage que le jury, par la coopération ¹ et la direction qu'il reçoit des magistrats pendant l'instruction du procès, est préservé autant que possible de l'influence funeste des preuves fallacieuses, et qu'à la fin des débats le résumé du président vient encore faciliter sa mission et éclairer sa conscience sur les caractères constitutifs du crime et sur toutes les notions qui demandent une connaissance approfondie de la loi. C'est là, en effet, une grande pensée qui plane sur l'institution du jury ; elle se traduit par cette formule d'un effet moral puissant que personne ne doit être condamné à une peine grave si, après les débats présidés par un magistrat d'un ordre élevé et le réquisitoire du ministère public, on n'a pu convaincre au moins la majorité de douze citoyens honorables de la culpabilité de l'accusé. Cette réunion du jury et de la magistrature, pour la solution de certaines questions, produit ainsi le plus d'avantages possibles et évite le plus d'inconvénients.

Avant le décret ² des 25 et 28 février 1852, le jury connaissait des délits de presse et de diffamation par paroles envers les fonctionnaires et même envers le chef de l'État, ainsi que de certains autres délits ayant un caractère politique. On s'attachait alors à cette idée fautive que le jury avait pour mission principale de protéger la liberté politique, et surtout celle de la presse contrôlant les actes du gouvernement. On posait ce principe qu'entre le pouvoir de la presse et la puissance qui gouverne, le pays seul doit être juge, et l'on ajoutait même que c'était compromettre la magistrature que de la mêler aux affaires politiques. Sans se préoccuper de l'aptitude des jurés pour apprécier ces sortes de délits ni de la situation du pays, on n'avait en vue que le but politique, tandis que cette question doit avant tout être envisagée au point de vue de l'organisation judiciaire. Nous avons déjà dit que les jurés, choisis dans toutes les classes

¹ *Trial by judge and jury*, disent les Anglais pour indiquer cette coopération des deux éléments.

² Ce décret porte que les délits dont la connaissance est attribuée aux Cours d'assises par les lois des 8 octobre 1830-7 juin 1848, seront jugés par les tribunaux correctionnels.

de la société, sont d'excellents juges des faits qui ne demandent qu'une conscience droite et honnête pour leur appréciation. Il est certain que les crimes qui touchent à la propriété, à la vie des personnes, etc., trouveront une répression convenable dans leur verdict. Tout le monde comprend la nécessité du châtiment à infliger pour des crimes qu'on peut qualifier tels d'après le droit des gens. Tout honnête citoyen sent le danger pressant qu'il y a de défendre la société contre les attaques de cette nature, parce qu'il est facile à l'intelligence ordinaire de se mettre à la place de la victime. En devrait-il être de même en France pour les délits politiques? Fallait-il les laisser dans l'attribution du jury?

Quand on examine superficiellement les rouages de notre gouvernement actuel, on doit s'étonner de voir sa base assise sur le suffrage universel d'où il est sorti, et cependant il recule devant le même élément démocratique pour faire juger par lui les délits qui portent plus ou moins atteinte à son existence. Ne pourrait-on pas dire avec raison que le peuple, dont le gouvernement actuel tire son origine, saura aussi, avec une sollicitude paternelle, défendre énergiquement ce gouvernement des attaques dirigées contre lui? Cette opinion, qui pourrait paraître juste si l'on ne va pas au fond des choses, se trouve évidemment erronée lorsqu'on l'examine de près. La grande pensée de la constitution impériale qui fait aussi sa force est celle-ci : que le peuple en masse a le droit de se donner un chef, que l'ensemble de la nation doit nommer le corps législatif pour faire les lois, voter les impôts, etc. L'histoire du passé et l'expérience du présent nous montrent que les peuples ne se trompent pas sur le choix des hommes qui doivent les gouverner, et c'est dans ce sens que l'on peut dire avec vérité que *vox populi est vox Dei*. Il est, en effet, plus facile pour une grande nation de trouver dans son sein des délégués dignes et capables de la conduire, qu'aux individus qui la composent de faire par eux-mêmes tous les actes qu'exige la gestion des affaires publiques. — Mais s'agit-il, au contraire, de juger si un écrit est nuisible au pouvoir, s'il jette le trouble dans la société, ce ne serait plus la nation qui en connaîtrait, mais une minime fraction choisie par le sort, c'est-à-dire douze jurés. Dans la république romaine, ce fut le peuple entier réuni dans les comices qui jugea souvent des questions politiques, et alors ce jugement était l'expression

de l'opinion du pays. Mais une décision du jury peut-elle équivaloir à la volonté manifestée par la France entière? L'écrit répandu par la presse dans tous les départements peut surtout produire son effet dangereux là où l'auteur coupable ne pourra être jugé, et ce serait douze citoyens pris dans des localités qui se sont ressenties bien moins de l'impression fâcheuse du libelle auxquels il appartiendrait d'apprécier la criminalité du délit. Énoncer ce fait, c'est démontrer évidemment que le décret des 17-23 février 1852, si vivement attaqué à l'étranger et même en France, n'est nullement contraire au principe démocratique de la constitution impériale. Toute la question se réduit à celle-ci : Les jurés sont-ils de bons juges pour les délits de presse comme nous le pensons pour les crimes ordinaires? Elle est donc complètement en dehors de toute préoccupation politique, fondée sur une prétendue violation du suffrage universel et de l'esprit de la constitution qui nous régit.

On pourrait peut-être objecter que si la loi a conféré au jury le droit de connaître les délits politiques, ses verdicts ont par cette délégation de la nation la force d'actes faits par la nation même. Mais il en est de même de tous les jugements rendus par des magistrats qui agissent en vertu de pouvoirs qu'ils reçoivent de la loi, émanation de la volonté nationale. Il faut donc examiner d'abord s'il est utile pour le peuple de déléguer au jury le pouvoir de juger les délits de presse et les autres délits politiques. A cet effet on doit rechercher avant tout quelle est l'aptitude du jury dans sa composition actuelle pour statuer sur cette nature de délits. Eh bien! il est constant que les listes des jurés renferment en grande partie des noms de cultivateurs et même d'artisans qui n'ont certes pas le temps de s'occuper de questions pareilles. Qu'en arrive-t-il? Les uns, se rappelant les nombreuses révolutions qui se sont succédé en France, verront avec effroi les délits politiques, et frapperont outre mesure ceux qui s'en seront rendus coupables; les autres, voyant dans les délits de presse souvent un havardage sans conséquence, ne comprendront pas la portée de telles accusations, et hésiteront de prononcer un verdict de culpabilité contre des hommes qui, d'après leurs idées, n'ont fait aucun mal. Il faut donc, pour réunir un jury capable d'apprécier ces faits qui demandent une certaine intelligence des affaires publiques et de l'ordre social, les restreindre à certaines catégories de citoyens; c'est ce qu'on a

essayé de faire sous les régimes antérieurs. « Aussi le jury » devint souvent entre les mains du parti qui avait triomphé, » dit M. Béranger¹, un instrument pour frapper sans pitié ceux » qu'il considérait comme ses ennemis politiques. Pour n'en » citer qu'un exemple, ce ne fut pas sans scandale qu'on vit » dans les premiers temps de la Restauration une affaire po- » litique d'une haute gravité, et où des accusés perdirent la » tête, jugée par un jury dans la composition duquel on avait » fait entrer vingt-deux chevaliers de Saint-Louis, la plupart » Vendéens. »

En torturant ainsi l'institution du jury au gré des vues du gouvernement ou des passions politiques d'alors, on dénaturait le caractère de la justice populaire pour en faire pour ainsi dire une commission politique. L'institution du jury elle-même, qui a pris une racine si profonde dans nos mœurs, perdait en considération par suite des remaniements continuels de ses éléments. Ajoutez à cela qu'aucun contrôle ne s'applique au verdict d'un jury composé d'hommes qui n'exercent qu'un pouvoir passager; d'ailleurs on a si souvent abusé en France de son omnipotence désorganisatrice de toute bonne justice ! Bien des fois le jury a négligé de se pénétrer des preuves pour suivre les inspirations d'une conscience obscurcie par les passions. N'étant pas obligés de motiver leurs verdicts, ni d'adopter certains modes de preuves comme guides irrécusables de leur conscience, les jurés estimaient de bonne foi, grâce à cette omnipotence si fâcheuse, comme s'ils étaient plutôt une réunion politique qu'une cour judiciaire, pouvoir trahir leur serment, en rendant des décisions évidemment contraires aux faits établis.

On animait les débats judiciaires d'alors du souffle embrasé des passions politiques du moment, et l'on répandait l'agitation dans la France entière chaque fois qu'un procès de cette nature était soumis au jury. La victoire comme la défaite coûtait cher au gouvernement. Les pouvoirs qui se sont succédé dans les bouleversements nombreux de notre pays n'ont pu prendre des racines assez fortes pour que les chocs qu'ils avaient à supporter dans ces luttes n'aient pas fini par les ébranler. Aussi est-ce à tort qu'on voudrait assimiler sous ce rapport la France à

¹ *Répression pénale*, p. 67.

l'Angleterre. La situation des deux pays est entièrement différente.

Dans la première, depuis un demi-siècle, changements fréquents de dynasties et de formes de gouvernement; dans l'autre, une constitution consolidée par plusieurs siècles d'existence, il est vrai, après des luttes sanglantes et acharnées entre les partis.

Si l'on remonte à cette époque de troubles en Angleterre, on verra le jury se plier fréquemment au gré du pouvoir dominant. Les fameux procès¹ politiques dans les XVI^e et XVII^e siècles rappellent les tristes souvenirs d'un temps où le pouvoir se servit souvent du jury² comme moyen d'oppression et d'instrument de ses projets tyranniques. C'est alors que s'établit en Angleterre la maxime que le jury ne peut connaître que du fait, et qu'il appartient aux juges exclusivement de le qualifier comme point de droit. Dans ce pays il existe une jurisprudence sur les modes de preuves reçues³ en justice, jurisprudence même obligatoire pour les jurés. En leur soumettant des faits constants d'après ces preuves obligatoires, le gouvernement était sûr d'obtenir un verdict affirmatif, sauf aux juges dépendant du pouvoir de voir un délit dans ce fait déclaré constant par le jury, et d'en punir l'auteur, si tel était le désir du gouvernement, afin de se débarrasser d'un adversaire trop dangereux.

Ou même lorsque le fait ne pouvait s'établir par les preuves régulières⁴, on admettait une exception au droit commun en faveur des procès politiques, pour attribuer à toutes sortes d'indices la force probante en justice. « Dans ces affaires, dit » un jurisconsulte anglais⁵ avant l'époque du *Commonwealth*, on » acceptait comme preuve les ouï-dire, les dépositions écrites

¹ Procès contre Raleigh, lord Russel, Sidney, Hampden, Baxter, etc., et plus tard contre les papistes.

² Les jurés étaient alors des partisans choisis exprès (*packed*) du pouvoir.

³ Ces règles sur les preuves s'appellent, en jurisprudence anglaise, *rules of evidence*.

⁴ Hallam dit dans son *Hist. const.*, chap. 9 : « In that age (il parle de l'accusation contre Strafford) the rules of evidence, so scrupulously defined » since, were either very imperfectly received or continually transgressed. » (Dans ce temps les règles sur l'évidence, si scrupuleusement définies depuis, étaient alors très-imparfaitement acceptées ou continuellement violées.)

⁵ Phillip's *Evidence*, t. I, p. 208.

» des personnes qu'on aurait pu citer comme témoins, les
» témoignages des criminels condamnés à mort, et les eux
» faits, en présence seulement d'un fonctionnaire de la cou-
» ronne, de la part des accusés au moment où on leur appliquait
» la question. »

Ce ne fut qu'à partir de 1688, lorsque l'état politique de l'Angleterre s'améliora et que les juges devinrent plus indépendants du gouvernement, que le jury lui-même gagna en force et en liberté d'action. Au fur et à mesure que la constitution anglaise s'affermissait, les procès politiques présentaient moins de gravité et diminuaient en nombre; de sorte qu'il importait moins au gouvernement de s'assurer de moyens de contrainte contre la libre expression de l'opinion des citoyens. Aussi fut-il décidé par une loi, en 1792, qu'on ne pourrait plus forcer les jurés de rendre un verdict sur la seule question de la publication d'un écrit, et qu'ils avaient aussi le droit d'examiner s'il méritait une peine. C'est ainsi que grâce à un bill de Fox l'action du jury pour les délits de presse a été étendue dans le domaine du droit, puisqu'on lui conférait le pouvoir de décider si l'écrit poursuivi constituait ou ne constituait pas un libelle. Il est donc impossible pour tous ceux qui connaissent l'histoire des deux pays d'assimiler l'état actuel de la France à celui de l'Angleterre sous le rapport de la constitution politique. Au contraire, le passé de l'Angleterre nous enseigne que l'institution du jury en matière politique n'est réellement avantageuse que quand une constitution est entrée dans les mœurs du pays, qu'elle a reçu la consécration du temps, que tous les citoyens ne l'ont pas acceptée seulement par raison, mais qu'ils y sont attachés par le cœur. Il faut alors que les procès politiques et de presse soient devenus une exception assez rare dans un pareil gouvernement. Jusque-là il serait imprudent et même contraire à la bonne justice de confier cette nature d'affaires au jury qui manquera encore du calme nécessaire pour les juger avec sang-froid. Il est à craindre qu'il ne se trompe, ainsi que nous l'avons dit, par l'excès, dans un sens ou dans un autre. En effet, qu'en résulterait-il? Les verdicts des jurés travaillés par différents partis politiques ou incapables d'apprécier la portée de pareils délits, jetteraient le discrédit sur l'institution en général, et feraient ainsi méconnaître les bons services qu'ils peuvent rendre dans les matières non politiques. Dans l'intérêt

de sa conservation, le gouvernement chercherait à torturer la composition du jury pour n'y faire entrer que des personnes dévouées, et au lieu d'une cour de justice le jury ne formerait plus qu'une commission politique, instrument du pouvoir. Si au contraire le gouvernement était faible et que l'esprit d'opposition triomphât, ce serait à ses ennemis que le soin de le protéger se trouverait confié. Dans les deux cas ce ne serait plus des arrêts de la justice, mais des services politiques qui sortiraient des verdicts du jury.

En admettant qu'il y aurait danger pour la France de faire juger les délits politiques par le jury ordinaire, faudrait-il en dire autant si on les soumettait à la haute Cour, qui, d'après la constitution, connaît de certains crimes politiques? Il est incontestable que cette Cour, composée d'un jury spécial pris parmi les membres des conseils généraux de tous les départements, représente mieux la France entière que le jury ordinaire; de plus, elle offre dans ses éléments des garanties de lumières pour apprécier ce genre de délits. Mais d'un autre côté n'est-il pas évident que la convocation de la haute Cour, pour statuer sur tous les délits politiques, entraînerait en pratique bien des inconvénients? L'émotion que causerait dans le pays sa réunion fréquente serait nuisible aux intérêts des citoyens. En outre, il y aurait souvent une disproportion choquante entre le délit à punir et l'importance d'une haute Cour de justice. La fréquence même de ces délits exige une répression prompté qu'on ne peut attendre d'un tribunal où le jury est choisi dans toute la France. D'ailleurs les frais qui en résulteraient pour l'État, et les charges trop lourdes qui seraient imposées aux jurés qui formeraient la haute Cour, rendent cette juridiction impraticable pour tous les délits politiques et de presse.

Après avoir démontré les dangers qu'il y aurait de confier, dans l'état des choses, les délits de presse à l'appréciation du jury ordinaire, et l'impossibilité pratique de les faire juger par la haute Cour, il nous reste à examiner si c'est avec raison que le décret précité a attribué la connaissance de ces délits à la magistrature seule sans l'assistance de jurés.

Il est évident que c'était par exception à notre organisation judiciaire qu'on avait enlevé cette nature de délits à la police correctionnelle pour les soumettre aux assises, dont en principe la juridiction ne s'étend qu'aux crimes. Cette exception à

la compétence ordinaire en matière de délit était diversement motivée. Les uns prétendaient que la magistrature n'avait pas l'indépendance nécessaire pour être juge entre le gouvernement et la presse ; les autres, sans redouter la partialité des tribunaux pour le pouvoir établi, pensaient qu'on ne pouvait mêler la magistrature aux affaires politiques sans nuire à sa considération. D'ailleurs, on ajoutait qu'elle n'était pas apte à connaître des délits de presse, qui doivent être jugés plutôt par l'opinion publique manifestée dans le verdict des jurés que par des légistes se fondant sur le texte de la loi, sans tenir, avant tout, compte des circonstances au milieu desquelles l'écrit inculqué aurait donné lieu à la poursuite. Pour apprécier ces questions, disait-on, il ne fallait pas être jurisconsulte, mais l'homme de son époque pénétré des vrais besoins de la société dans laquelle on se trouvait. Il vaudrait souvent mieux violer un texte de loi que de prononcer une condamnation en ces matières pour des écrits sanctionnés par l'opinion générale. Cette omnipotence n'étant pas permise aux magistrats esclaves de la loi, il serait par conséquent préférable de leur ôter la connaissance des délits politiques et de presse dont l'appréciation ne pourrait se plier sous le joug de fer d'un texte de loi.

Voyons maintenant si les raisons qu'on vient d'alléguer pour soustraire ces délits au jugement des magistrats, ont un fondement bien sérieux.

La magistrature française n'a pas, dit-on, l'indépendance nécessaire pour statuer avec impartialité sur les délits dont il s'agit. Mais on oublie que l'inamovibilité, la pluralité des juges, la publicité des débats, l'obligation de motiver les décisions sont de bien fortes garanties contre toute pression du pouvoir sur la conscience des magistrats. Est-ce que l'histoire n'est pas là pour montrer que si la magistrature est dévouée au gouvernement, elle sait cependant aussi résister aux exigences qui lui paraissent contraires à la loi ? Mais, dit-on, l'ambition des juges d'un degré inférieur, quand ils désirent avancer, pourrait les entraîner à des complaisances coupables en cédant aux sollicitations du pouvoir. La loi, pour combattre ce danger possible, a mis une arme bien puissante entre les mains des justiciables : c'est celle de l'appel. Cette réunion d'un grand nombre de magistrats appartenant aux Cours impériales, qui en général n'ont plus rien à attendre ni à craindre du gouvernement, inspi-

raux membres de ces Cours l'unique but d'élever le caractère de leurs fonctions par une justice impartiale et indépendante. Il est impossible que les grands corps judiciaires réunis ensemble puissent avoir un autre intérêt que de s'attirer la considération publique par une justice égale, intègre, qui met de côté toutes vues privées. C'est donc à tort qu'on voudrait suspecter la magistrature de partialité pour le gouvernement en matière de délits ayant un caractère politique.

Mais tout en reconnaissant l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir, on prétend qu'il faudrait tenir la magistrature éloignée de tout ce qui touche à la politique. On fait apparaître le fantôme des anciens parlements pour montrer les dangers qu'il y a de mêler le pouvoir judiciaire aux affaires publiques. La justice, dit-on, perd la sérénité et le calme qui ornent la majesté de son front, lorsqu'elle descend dans l'arène brûlante de la politique. Celle-ci est, par sa nature, variable et changeante selon les besoins du moment : comment voulez-vous que la magistrature, — cette loi vivante, — avec son caractère stable, soit à même de bien apprécier des délits qui ne sont tels que d'après les circonstances passagères qui exigent la répression de certains faits portant atteinte au pouvoir établi? Certes la magistrature ne doit pas empiéter sur le domaine de la politique; cependant il ne faut pas oublier que le corps judiciaire est un des grands pouvoirs de l'État, et que par conséquent il doit être, dans la limite de la loi qu'il applique, un des plus fermes soutiens de la puissance publique. Ce serait étrangement se méprendre que de penser que les lois politiques étant du droit positif et ayant souvent un caractère transitoire, ne méritent pas les égards de la justice, et que le soin de les faire respecter ne doit pas être confié à la magistrature. Les atteintes portées à ces lois, si elles blessent moins la morale universelle, ne laissent pas de porter un préjudice plus grand à la société, parce qu'au lieu de causer un mal à des individus, elles portent le trouble et la perturbation dans la chose publique. Il est évident que le corps judiciaire chargé du maintien de l'ordre général qui repose sur le respect des lois du pays, possède autant que qui que ce soit les lumières nécessaires pour pénétrer l'esprit de ces lois qui intéressent l'ordre établi, et en faire une saine application.

Chaque fois que la constitution d'un État a reçu la consécra-

tion du temps et qu'elle est enracinée dans le cœur des citoyens, les délits politiques présentent en général moins de gravité. Souvent le peuple ne voit alors dans l'opposition qu'un moyen de contrôler les actes du gouvernement, et par là de lui donner des avertissements salutaires, sans que ces attaques aillent jusqu'à ébranler les bases fondamentales du pouvoir. Aussi a-t-on pu confier aux jurés le soin de la répression des délits politiques, parce que, d'une part, le vif attachement des citoyens à la constitution du pays est une garantie qu'ils ne laisseraient pas impunies les atteintes portées à l'ordre de choses établi, et que, d'autre part, leur trop grande indulgence même n'aurait pas dans un tel pays des conséquences bien fâcheuses pour la société.

Au contraire, en France, le pouvoir impérial, quoique fondé sur l'assentiment général de la nation, est trop nouveau pour avoir pu, par ses immenses bienfaits, anéantir le levain anarchique et les haines sourdes des anciens partis. Dans ces circonstances, les délits politiques présentent plus de dangers, parce qu'ils ont en général plus ou moins pour but le bouleversement de la constitution établie. Et pour appuyer notre assertion, il suffit d'invoquer en témoignage ce qui s'est passé dans les trente années qui viennent de s'écouler. Le temps, il est vrai, consolidera la nouvelle Constitution; mais jusqu'à ce moment il fallait soustraire soit aux dévouements trop ardents, soit aux adversaires du régime actuel, la connaissance des délits politiques, si le gouvernement désirait obtenir une répression conforme aux principes d'une bonne justice. La magistrature seule, avec son indépendance, sa stabilité, son amour de l'ordre, pouvait juger ces délits avec fermeté et sans passion. Les débats publics entre l'accusation et la défense auront pour but de rechercher si les caractères légaux d'un délit existent ou n'existent pas; et au lieu d'enflammer les passions politiques, ils conserveront la dignité et le calme qui conviennent aux affaires judiciaires. C'est la noble mission de maintenir le respect des lois établies que le gouvernement a voulu confier à la magistrature, sachant que leur violation ne resterait pas impunie par une omnipotence abusive dont le jury a quelquefois donné des preuves; mais loin de lui la pensée d'avoir voulu, par ce décret¹ du 23 février 1852, faire de la magistrature un instru-

¹ Art. 32.

ment politique. Il a si bien senti que ce rôle était contraire à tous les principes d'une bonne justice, que ce décret établit une distinction bien précise entre les décisions judiciaires et les mesures administratives ou politiques. En effet, le gouvernement a compris que les tribunaux ne pouvaient réprimer un délit politique ou autre que quand il était juridiquement établi; et cependant, il a cru que dans les circonstances actuelles il lui fallait pouvoir atteindre promptement même ces ennemis cachés qui, tout en faisant le délit, savent s'arrêter juste à la limite qu'il faut franchir pour encourir une condamnation judiciaire. C'est pour ces cas qu'il a demandé franchement au pays une espèce de bill d'indemnité afin de prendre certaines mesures contre la presse dans l'intérêt de sa sécurité. Ces moyens ne peuvent être que transitoires, et justifiés par la situation du pays et la grande confiance qu'inspire un gouvernement. Mais en même temps, cela prouve que le gouvernement qui les emploie a le courage et la loyauté d'en assumer seul la responsabilité, sans vouloir en rien influencer la magistrature et la faire manquer à son devoir de n'appliquer que la loi, dans l'intérêt des vues politiques du pouvoir.

Nous croyons ainsi avoir démontré quels sont les caractères essentiels et le but du jury, et que c'est à tort qu'on y a vu plutôt une garantie politique contre le pouvoir qu'une bonne institution judiciaire avec le concours des magistrats pour la répression des crimes. Enfin il est ressorti de nos investigations la conclusion que le décret du 28 février 1852, qui a enlevé au jury la connaissance des délits de presse et des délits politiques, n'est nullement contraire aux principes fondamentaux de la Constitution impériale, et trouve sa justification dans la situation actuelle de la France. Nous allons maintenant étudier la procédure criminelle dans ses différentes phases, et indiquer les améliorations dont elle nous paraît susceptible.

SELIGMAN.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ GÉNÉRAL DE DROIT ADMINISTRATIF APPLIQUÉ.

Par M. DUFOUR. — 2^e édition. — 7 vol. in-8.

Compte rendu par M. F. LAVERGÈRE, de l'Institut.

Le Droit administratif qui a commencé à se produire, dans la pratique des affaires, par des questions et des éléments de jurisprudence, dans la science par des programmes et des cours imprimés, est arrivé aujourd'hui à un assez grand développement pour avoir besoin d'un de ces ouvrages qui tiennent le milieu entre le dictionnaire de droit et le traité, et qui, dans la jurisprudence, ont le nom de *Répertoire*, dénomination consacrée par les beaux monuments de Merlin, de Favard de Langlade et de Dalloz. L'ouvrage dont M. Dufour vient d'achever la deuxième édition ne porte pas ce titre; mais, sous le nom de *Traité général de droit administratif appliqué*, il est un véritable répertoire de législation et de jurisprudence administrative. Il se distingue seulement des répertoires proprement dits en ce qu'il présente dans un premier titre et un premier volume un exposé méthodique des pouvoirs administratifs, depuis le chef de l'État jusqu'aux maires pour les pouvoirs actifs, et depuis les conseils de préfecture jusqu'au Conseil d'État pour les pouvoirs de juridiction administrative et collective. Vient ensuite le fond de l'ouvrage, le titre deuxième des matières administratives, qui comprend les divers objets du Droit administratif, et place l'*armée* à côté des *ateliers dangereux*, *incommodes et insalubres*, les *baos* et *bateaux* à côté des *bois et forêts*, les *cultes* à côté des *créances sur l'État*, etc., par juxtaposition des choses les plus opposées et les plus hétérogènes. C'est la fatalité du dictionnaire ou du répertoire, contre laquelle l'auteur n'a pas essayé de lutter dans la seconde partie de son livre, comme il l'a fait heureusement dans la première. Il s'est soumis, pour les matières administratives, aux besoins de la pratique; mais je ne dirai pas qu'il a sacrifié son œuvre aux exigences de cette nature, car, en légiste très-versé dans la doctrine et la jurisprudence, il a placé sous les mots les plus

importants de véritables traités. Je puis citer de préférence les conflits, la voirie, l'expropriation pour cause d'utilité publique, les mines, les cours d'eau. Ces trois derniers objets, détachés de son répertoire et publiés séparément, sont devenus même des traités *ex professo*; et pour caractériser avec justesse l'ouvrage de M. Dufour on peut dire qu'il est plutôt un recueil de traités particuliers qu'un *traité général* de droit administratif appliqué. La forme du traité ne peut se concilier avec l'ordre ou le désordre alphabétique. Elle suppose un plan qui embrasse toutes les parties du sujet par un lien naturel et logique. Je trouve ce caractère dans le titre 1^{er} sur les *Autorités*, mais dans le titre 2^e et les cinq et six volumes qu'il occupe il n'y a plus de traité général. Ceci n'est pas une critique, à proprement parler; c'est une observation qui touche seulement à la question des méthodes. Dans un ouvrage destiné surtout à la pratique des affaires, l'auteur peut sacrifier la méthode à la facilité des recherches; mais cette disposition d'esprit serait funeste si de la pratique elle passait dans l'enseignement du droit administratif. Là on peut, jusqu'à un certain point, appliquer la liberté des méthodes, à condition, toutefois, qu'on aura une méthode rationnelle. La hauteur de l'enseignement du droit s'abaisserait dans les écoles, si les habitudes autorisées par la pratique s'y introduisaient et en excluaient la méthode qui n'est pas la science, mais sans laquelle il n'y a pas de véritable science ou d'enseignement fécond pour les esprits.

L'ouvrage de M. Dufour, publié de 1854 à 1857, a recueilli presque toutes les modifications qui se sont produites dans l'administration depuis l'Empire. Ces modifications ont-elles porté atteinte aux principes sur lesquels repose le Droit administratif? Le reproche de mobilité adressé à nos institutions politiques peut-il s'adresser également à nos institutions administratives? M. Dufour, dans sa trop courte préface, constate que « les modifications apportées à la répartition des *attributions* dans la sphère administrative, n'atteignent pas les *principes* et les *règles* qui doivent présider à l'accomplissement de la mission confiée à l'administration. » — En d'autres termes, le Droit administratif est stable, au milieu des changements d'organisation politique. C'est là un grand résultat; il prouve que l'administration française, fondée sur les principes rationnels de 1789, et organisée par le Consulat en vue de l'unité

d'action, a une base bien solide; il prouve que le Droit administratif, introduit dans l'enseignement depuis quarante ans à peine, a pris dans les faits et dans la science une place à l'épreuve des révolutions.

Les changements apportés par l'Empire, depuis 1852, ont modifié surtout les attributions; et M. Dufour a consacré tout le titre premier et un volume et demi à déterminer dans l'application les attributions actuelles des autorités qui constituent dans leur ensemble le *pouvoir administratif*. Il reconnaît que dans l'ordre de l'administration le pouvoir régulateur ou *réglementaire* appartient au chef de l'État pour l'administration générale, aux préfets et aux maires pour l'administration départementale et communale. Il refuse le pouvoir réglementaire aux ministres de l'empereur (t. I, p. 128). L'article 6 de la constitution de 1852 porte que « l'empereur fait les *règlements et décrets nécessaires* pour l'exécution des lois. » Certainement les règlements pour l'exécution générale des lois et les règlements d'administration publique ne peuvent émaner que de l'empereur, qui ordonne et prescrit les mesures d'exécution dans tout l'empire, avec ou sans la participation du Conseil d'État. Mais chaque ministre contre-signé les décrets impériaux, qui sont rendus pour des intérêts compris dans ses attributions; et, pour l'application de ces décrets ou pour des objets qui appartiennent à son département, chaque ministre, seul ou avec le concours, soit d'une section du Conseil d'État, soit des conseils particuliers et légaux qui secondent son administration, peut prendre des *arrêtés réglementaires* qui sont obligatoires pour certaines classes d'individus, de fonctionnaires, d'établissements. C'est ce qui se fait tous les jours dans le ministère de l'intérieur, pour le régime des prisons et des hospices; dans le ministère des travaux publics, pour les règlements d'eau relatifs aux usines; dans le ministère de l'instruction publique, pour le régime des études et des examens; dans le ministère de la guerre et les autres départements ministériels, pour les objets de leur compétence. Ce sont là des actes qui n'ont pas le caractère d'arrêtés *individuels*, mais le caractère de règlements. Il nous est donc impossible de nous rendre à l'opinion que M. Dufour exprime en ces termes (n° 149) : « Tandis que l'empereur, » placé au centre et sur le point le plus élevé, *réglemente pour* » tout l'empire, le préfet est chargé de réglementer dans le dé-

« parlement; et le maître dans la commune. On sera donc la
 » place à assigner au ministre? *Il n'y en a pas pour lui.* » Nous
 répondons que sans doute le ministre ne fera pas de règlement
 général pour tout objet d'administration, mais qu'il fera des
 règlements obligatoires pour assurer l'exécution des lois et
 décrets sur certains objets compris dans les attributions de son
 ministère. L'empereur, les ministres, les préfets, les maires,
 forment les quatre degrés de la hiérarchie administrative, qui
 s'étendent de l'unité de l'État à l'unité communale. Le chef du
 gouvernement ordonne ou décrète pour l'exécution générale
 des lois; nomme ou destitue les fonctionnaires de l'ordre le plus
 élevé; mais il n'exerce pas l'action administrative; les ministres
 l'exercent et *procurent*, selon l'expression de la constitution de
 l'an VIII, l'exécution des lois et des règlements d'adminis-
 tration publique. Les préfets exercent l'action administrative
 comme intermédiaires et représentants de l'administration gé-
 nérale, et la procurent; les maires la reçoivent, l'exercent et
 ne la procurent pas; elle s'arrête en eux et s'épuise dans la
 délégation qui leur est faite d'une part d'attributions générales.
 Ce principe de la constitution de l'an VIII est aussi, à notre
 sens, le vrai principe de la constitution de 1852.

Si M. Dufour nous paraît avoir trop restreint les attributions
 ministérielles en refusant aux ministres le droit de règlement,
 il nous paraît les avoir trop étendues en accordant aux ministres
 la qualité de *juges ordinaires*. Cela pouvait être vrai avant la
 Constitution consultative et lorsqu'il n'y avait pas de juridiction
 administrative organisée; les ministres, par la force des choses,
 étaient soit au premier, soit au second degré, investis du droit
 de statuer sur les difficultés que rencontrait l'administration
 dans les droits ou les intérêts privés. Mais depuis qu'une juri-
 diction administrative de premier et de second degré a été
 constituée, les ministres, comme les préfets, ne peuvent être
 que des juges extraordinaires, investis du droit de statuer ou
 de juger en certaines matières, notamment pour marchés de
 fournitures passés en leur nom ou avec leurs agents, pour les
 difficultés relatives aux pensions ou pour la liquidation de la
 dette publique. Leur donner la qualité de juges ordinaires, ce
 serait constituer comme obligatoires *trois degrés* de juridiction
 au lieu de deux; il faudrait nécessairement passer du conseil
 de préfecture ou du préfet au ministre, et du ministre au Con-

seil d'État. Or, les décisions des conseils de préfecture, en matière contentieuse, sont déférées directement au Conseil d'État; et parmi les décisions émanées des préfets seuls, les unes sont susceptibles d'être déférées directement au Conseil d'État, les autres doivent d'abord être déférées au ministre compétent. Que serait donc ce juge *ordinaire*, dont la juridiction serait si souvent laissée à l'écart? Il nous semble que la vraie doctrine est de laisser la juridiction des préfets et des ministres dans la classe des juridictions spéciales ou extraordinaires.

Nous n'avons pas à exprimer des doutes semblables sur la doctrine de M. Dufour, en ce qui concerne les fonctionnaires placés au dernier degré de la hiérarchie administrative. L'auteur a distingué, avec autant de justesse que de force, les deux qualités qui se réunissent dans la personne du maire, fonctionnaire de l'administration générale sous un rapport, et représentant de la commune au point de vue de l'intérêt municipal. Il se sépare complètement des partisans de la décentralisation, qui demandaient que les maires fussent nommés à l'élection, et qui distinguaient non les qualités dans la personne du maire, mais les fonctions d'origine différente dans la personne des agents, en donnant l'administration des intérêts locaux aux élus des communes, et les attributions d'administration générale aux officiers nommés par le pouvoir central. C'était créer l'antagonisme où l'Assemblée constituante, par le décret du 14 décembre 1789, avait très-heureusement associé les fonctions propres au pouvoir municipal et les fonctions propres à l'administration générale déléguées aux municipalités. Cette distinction essentielle dans les qualités du maire, sans séparation dans les personnes des fonctionnaires, est ce qui maintient l'unité de l'État et de la Commune, partie vivante de l'État. « La nomination du maire par l'élection, dit M. Dufour, » c'est l'abandon des affaires de la commune à l'empire de » l'ignorance et de la passion. » Et la séparation des attributions municipales et générales entre deux classes de fonctionnaires d'ordres différents, pour assurer l'indépendance des maires, c'est l'abandon de l'unité nationale qui résulte de l'uniformité de lois, de langage et de mœurs¹. Toute cette partie du livre

¹ *Droit administratif appliqué*, t. I, p. 437, 451-454.

met vivement en relief le jugement du publiciste et la prudence de l'administrateur.

Dans le vaste domaine des matières administratives, M. Dufour a rencontré des objets qui ont été modifiés par les lois de l'Empire, et il leur a donné une attention proportionnelle à leur importance. Toutefois, son article sur l'armée, rédigé en 1854, n'a pu comprendre la loi sur la dotation et le nouveau mode de remplacement, qui conserve des soldats éprouvés à l'armée française et ferme les rangs à des recrues d'origine suspecte; mais son article sur les chemins de fer expose les principes nouveaux sur ces voies rapides de communication, qui relèguent dans le droit suranné une partie des règles sur la grande voirie; et l'article sur les pensions civiles est un traité complet sur la loi de 1853, qui rattache à l'État tant d'existences modestes ou inaperçues, par le lien moral de l'intérêt des familles. Je ne puis trop louer l'excellent travail de M. Dufour sur cette matière difficile et compliquée. Il ne s'est pas renfermé dans l'objet spécial de la loi de 1853, et il a divisé son traité en trois sections : pensions civiles, pensions de l'armée de terre et de mer, pensions ecclésiastiques. Et pour les pensions civiles, qui forment la matière la plus étendue, il a examiné les pensions régies par la loi du 9 juin et celles régies par la législation antérieure. Les pensions touchent à tant d'intérêts, et les difficultés du sujet sont si bien éclaircies que l'auteur pourrait faire de cet article une publication séparée qui ne serait pas moins favorablement accueillie, à raison de son utilité pratique, que les publications détachées sur la police des eaux, l'expropriation et les dommages pour cause d'utilité publique.

En dernière analyse, l'ouvrage de M. Dufour peut être aujourd'hui considéré comme un répertoire à peu près complet, je ne dis pas d'*administration*, mais de *droit administratif* dans ses rapports avec l'application des lois et règlements, et la jurisprudence du Conseil d'État. Ce n'est pas un faible mérite d'avoir conduit jusqu'à la fin une telle entreprise comme œuvre personnelle et sans collaborateurs, caractère qui a manqué jusqu'à présent aux travaux de ce genre. Aussi l'unité de doctrine, qui n'est pas toujours le mérite des autres répertoires, se montre ici dans sa force et dans sa vérité. On aime à trouver

le même auteur poursuivant, à travers les diversités des sujets, le même but, l'exposition raisonnée de la doctrine et son application exacte et sûre d'après les instructions ministérielles ou les monuments de la jurisprudence administrative.

Si j'avais quelques restrictions à mettre dans mes éloges, elles ne porteraient que sur des choses accessoires en ce genre d'ouvrage, le style et la partie historique. Le style des juristes a ses qualités propres, la simplicité, la clarté, la facilité naturelle des déductions, la sévère propriété des expressions, toutes choses qui constituent l'élégance appropriée au sujet. L'auteur, à cet égard, peut se proposer et atteindre des améliorations : il doit aspirer pour son livre à un autre succès que celui d'un recueil habituellement consulté pour le besoin des affaires administratives; il doit puissamment concourir à préparer dans les esprits la science du Droit administratif, en exposant ses principes dans un langage toujours exact, pur et vraiment juridique. La langue du droit, quand elle est bien faite, révèle le progrès du droit lui-même et en assure la fixité. Nos maîtres immortels en ce genre, les juristes romains, portaient dans les matières d'administration, qui figurent nombreuses aux fragments du Digeste, la même justesse, la même sobriété ou propriété d'expressions que dans le droit civil proprement dit. Sous ce rapport, comme sous beaucoup d'autres, le droit administratif a des progrès à faire parmi nous, et l'auteur qui rend un grand service à la pratique administrative peut ajouter aussi, par les qualités plus sévères du style juridique, aux progrès de la science. MM. de Cormenin et de Gérando avaient donné dès le début de la science, pour la forme de la langue administrative, des exemples de la bonne école.

Quant aux notions historiques, nous ne demandons pas qu'elles soient très-étendues dans un ouvrage comme celui de M. Dufour; ce n'est pas le lieu; mais il faut du moins qu'elles soient exactes et irréprochables dans leur brièveté. Nous pourrions citer quelques traits d'inexactitude sur le point de départ des Ordonnances, sur les États généraux; il suffira d'une seule citation qui se rapporte aux communes. Il n'est plus possible en histoire de dire aujourd'hui, d'une manière absolue, que *la commune est née de la révolte* (I, p. 438); c'est prendre la partie pour le tout et méconnaître les résultats les plus certains et les plus importants peut-être des travaux historiques de notre

siècle. Mais, je le répète, ce sont là des imperfections sur des choses accessoires ; et l'ouvrage, tel qu'il a été conçu et tel qu'il se produit dans cette deuxième édition, est digne du succès qu'il obtient dans la pratique, et doit concourir à fonder sur une base solide la science du droit administratif.

F. LAFERRIÈRE.

DICTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE.

Par M. Maurice BLOCK. — 1 vol. grand in-8° de 1630 pages à deux colonnes.

Compte rendu par M. COTELLE, professeur de droit administratif
à l'École impériale des ponts et chaussées.

A travers les vicissitudes politiques auxquelles la France a été soumise depuis soixante ans, une seule chose a résisté à tant de secousses, s'est agrandie et affermie, a pris une assiette de plus en plus solide : c'est notre organisation administrative. Fondée en 1790, développée sous le premier empire, perfectionnée sous nos différents régimes, elle est arrivée dans ces derniers temps, en vertu de décrets aussi remarquables que nombreux du second empire, à un nouveau degré d'amélioration et de conformité avec les besoins de notre époque.

Dans son écrit récent sur *l'ancienne France et la révolution*, M. de Tocqueville démontre que notre centralisation administrative a pris racine dans les plus fortes conceptions de Richelieu et de Colbert, dont nos premières assemblées nationales n'ont fait que consacrer et étendre les principes.

Dès que l'esprit pénètre dans ce vaste système, on y découvre, sur tous les points, un rapport intime entre les causes et les ressorts de la puissance du gouvernement et les facultés des citoyens : ainsi les armées de terre et de mer se forment par le recrutement et l'inscription maritime ; les ressources financières de l'État, par les contributions directes ou indirectes, chaque citoyen supportant l'impôt en proportion de ses revenus immobiliers et mobiliers, de sa profession, de sa position sociale. Les voies de communication, les routes et chemins, les canaux de navigation, les chemins de fer, occupent une partie considérable de territoire enlevée à l'agriculture et aux jouissances de l'habitation par les expropriations pour cause d'utilité

publique. — En ce qui concerne les cultes, l'instruction publique, la justice, les établissements de bienfaisance, l'administration touche sans cesse aux intérêts religieux et moraux, c'est-à-dire à ce que l'homme a de plus sacré et de plus précieux.

De ces rapports si profonds et si multipliés entre le jeu des institutions sociales et l'intérêt individuel, il résulte que tout homme intelligent, et qui ne se tient pas pour entièrement étranger aux affaires de ce monde, éprouve le besoin incessant de se rendre compte des rouages de notre système administratif, afin de pouvoir juger de la légalité de ses divers modes d'action, dans les points de contact de l'administration avec la liberté et les facultés des citoyens.

Comme elle réglemente tous les intérêts du pays, son étude encyclopédique présente une sphère trop large pour qu'un seul et même esprit puisse l'embrasser tout entière, à un point de vue pratique et toujours sûr. Il fallait pour cela la collaboration sérieuse, intelligente et bien coordonnée d'hommes spéciaux, mûris dans l'étude des affaires, et surtout par la discussion des différents comités du Conseil d'État et du travail des bureaux de tous nos départements ministériels.

Telle est l'entreprise qui a été conçue par M. Block, sous-chef au ministère de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, en vue de nous donner le *Dictionnaire de l'administration française*, que vient de mettre au jour la maison Berger, Lévrault et C^o.

À la suite d'une révolution qui a changé les principes du gouvernement, qui a renouvelé tous les grands pouvoirs, qui a écloré tout à coup des projets d'amélioration dignes d'une initiative puissante; enfin, après les modifications sans nombre que le nouvel empire a introduites dans l'administration générale et dans l'organisation de la plupart de nos services publics, ce livre, s'il avait déjà été tenté, était entièrement à refaire. Cette publication de M. Block était donc une œuvre pleine d'opportunité; mais ce n'est encore, à nos yeux, que le moindre de ses mérites.

Il y a vingt-cinq ans, un pareil ouvrage aurait nécessairement paru sous les auspices des premiers qui aient écrit sur le droit administratif, MM. de Cormenin, Macarel, de Gérando, nos maîtres et les fondateurs de la science. Leurs ouvrages, il est vrai, étaient plutôt de doctrine que d'application et de pra-

tique. Ils ont aujourd'hui de dignes successeurs, tels que MM. Foucard, Laferrière, Serrigny, Trolley, Adolphe Chauveau, Dufour, etc. Mais déjà les principes de notre droit administratif ont acquis tant d'autorité, ont pris une telle consistance par les arrêts du Conseil d'État et du tribunal des conflits, durant sa courte existence, que les esprits ont besoin d'être nourris des notions et des résultats pratiques de l'administration, beaucoup plus que de la théorie, qui a gagné sa cause et fait son temps.

C'est avec une grande intelligence que M. Block s'est composé, pour la rédaction de son dictionnaire, une légion de collaborateurs vraiment utiles; car il ne les fait pas seulement figurer au frontispice à raison de l'éclat de leurs noms et de leurs titres, comme écrivains, conseillers d'État ou maîtres des requêtes, académiciens, etc. On peut voir, par les noms dont les articles sont signés, que tous ont versé dans le *Dictionnaire de l'administration française* le tribut de leur expérience et de leurs lumières personnelles. M. Block, tout en écrivant, pour sa part, sur les choses de sa compétence dans le ministère de l'agriculture, a surtout donné tous ses soins à la direction de l'ensemble des travaux, pour assigner à chacun des collaborateurs la limite convenable des articles, les comparer, se mettre en garde contre les répétitions inutiles, enfin coordonner la rédaction : chose difficile, mais dans laquelle il a, suivant nous, complètement atteint le but.

Les objets traités dans ce dictionnaire se partagent naturellement entre l'administration générale et les spécialités relatives aux différents services publics. Ainsi d'abord la compétence et le principe de la séparation des pouvoirs, qui se résument dans les conflits, forment un point de jonction entre l'ordre administratif et l'ordre civil, entre les administrateurs et les magistrats, entre la pratique du Palais et le maniement éclairé des grands intérêts qui tombent sous l'action du gouvernement.

Le mot *Conflit*, matière si importante, vraiment fondamentale, et qui domine tout le droit administratif, a été confié à la plume habile et savante de M. Reverchon, ancien maître des requêtes, avocat au Conseil d'État. Il lui appartenait de refaire ce mot, écrit avec tant d'ampleur dans le *Dictionnaire d'administration* publié en 1828, article de M. Boulatignier.

Tout en marchant sur ses traces, s'il se complait à en faire

l'éloge, il s'écarte pourtant quelquefois de la doctrine de son prédécesseur. Ce mot, à lui seul, est un traité complet de la matière. Un autre mot qui n'a pas moins d'étendue, c'est l'*Organisation communale* de M. Smith, sous-chef au ministère de l'agriculture et du commerce, complétée, dans son dernier chapitre, par la *Comptabilité communale* de M. Haincque de Senocq.

Les objets d'administration générale sont expliqués avec autant d'autorité que de justesse et de précision dans les mots *Juridiction administrative*, de M. Laferrière; *Conseil d'État*, de M. François, maître des requêtes; *Domaine*, de M. P. Dupré; *Droits civils et politiques*, de M. Smith; *Ministères*, de M. Bouquet, du ministère de l'agriculture; *Conseil général*, *Conseil de préfecture*, de MM. Legoyt, du même ministère, et Grün, archiviste de la couronne; *Administration*, de M. Block.

La rédaction du *Dictionnaire de l'administration française* est riche, variée, claire et précise. On trouve généralement sous tous les mots des notions historiques qui signalent les points de départ de la législation sur chaque objet, et quelquefois des résultats statistiques. Mais les auteurs se sont tellement appliqués à fournir aux lecteurs les résultats les plus certains de la doctrine et de la jurisprudence, qu'ils ne laissent que bien peu de jeu à la controverse. Aussi, en rattachant ici aux mots les plus importants du Dictionnaire les noms de leurs auteurs, nous donnerons une suffisante garantie du cachet d'exactitude et de solidité de vue de chacun de ses articles.

Pour procéder avec quelque ordre, nous les grouperons suivant les matières de chaque département ministériel.

En ce qui concerne les affaires de l'intérieur, les mots *Hôpitaux et hospices* sont de M. Martin d'Oisy, inspecteur des établissements de bienfaisance; *Assistance publique, Bureau de bienfaisance*, de M. Vée, inspecteur général de l'Assistance publique; *Aliénés*, de M. Leviez, maître des requêtes; *Mont-de-piété*, de M. Richelot, chef de bureau au ministère du commerce; *Élections, Pensions*, de M. Dufour; *Archives, Arrondissement, Cadastre, Centralisation, Chemins vicinaux*, et beaucoup d'autres, de M. Legoyt, chef de bureau au même ministère; *Pompes funèbres, Télégraphie, Sapeurs pompiers*, de M. Perrot, sous-chef au ministère de l'intérieur; *Cimetière, Hygiène publique, Secours aux noyés*, de M. Trébuchet, chef de bureau à la préfecture de police; *Garde nationale*, de

M. C. Tranchant, ancien auditeur. Tous ces articles sont pleins d'intérêt, et résument la vie laborieuse de la plupart de leurs signataires.

Aura-t-on besoin de s'instruire des principes et de la marche des affaires du ressort du ministère des cultes, on aura pour guides les mots *Appel comme d'abus*, *Annexe*, *Bulle*, *Congrégations religieuses*, etc., de M. de Berty, chef de division à ce ministère; et pour les objets concernant le culte réformé, les articles de M. Reid, chef de la section des cultes non catholiques au même ministère.

En ce qui concerne la marine et les colonies, le mot *Colonies* est de M. Mestro, conseiller d'État, directeur des colonies. Nous signalerons, entre autres, les articles *Marine militaire*, par M. Duvernet, sous-préfet; *Traité des noirs*, *Piraterie*, *Contrebande de guerre*, *Droit de chancellerie*, de M. de Vallat, consul, membre du conseil des prises.

Les mots *Beaux-arts*, *Apanage*, *Dotation de la couronne*, devaient être et sont traités par M. Grün, archiviste de la couronne ou du ministère d'État.

Pareillement, une belle part est faite aux objets qui ressortent du ministère de l'instruction publique, dans les mots *Instruction publique*, *Instruction secondaire*, *Instruction supérieure*, de M. Jourdain, chef de division de ce ministère; *Instruction primaire*, de M. Rendu; *Monuments historiques*, de M. Mérimée; *Bibliothèques publiques*, de M. Grün; *Académie de médecine*, de M. Dubois d'Amiens, etc., etc.

La matière de nos finances n'a pas été confiée à des mains moins habiles et moins sûres. Pour en convaincre les lecteurs, il suffira de citer les mots *Patentes*, de M. de Parrieu, vice-président du Conseil d'État; *Octrois*, de M. Vuatrin, professeur à la Faculté de droit de Paris; *Monnaies et médailles*, de M. Leviez, maître des requêtes; *Garantie*, de M. Moreau, chef de la garantie de Paris; *Postes*, de M. Lavollée, conseiller-maître à la Cour des comptes, ancien administrateur des postes. Nous ne devons pas omettre dans cette nomenclature les mots *Budgets*, *Cautionnement*, *Cour des comptes*, *Matières en comptabilité*, *Payeur*, de M. Lecomte, secrétaire en chef du parquet de la Cour des comptes, ni le mot *Comptabilité publique*, largement traité par M. Petetin, chef de la comptabilité des rece-

veurs-généraux au ministère des finances. Pour notre part, nous avons lu avec un vif intérêt tous ces articles, et nous les jugeons tels qu'on pouvait l'attendre de leurs honorables signataires.

Aujourd'hui, après le développement qu'ont obtenu les travaux publics dans l'Europe entière, ce qu'on cherchera sans doute beaucoup dans le *Dictionnaire de l'administration française*, ce sera des documents statistiques sur nos chemins de fer, nos routes, nos chemins vicinaux, la navigation fluviale et nos canaux de navigation. Or, M. Block est remonté à la source la plus sûre et la plus abondante des renseignements. C'est à M. Tourneux, chef de la division des chemins de fer dans le ministère des travaux publics, et à M. Dumoustier, chef de division de la navigation, qu'il a demandé les mots importants relatifs à ces grands services que nous nous dispensons d'énumérer. De plus, il a obtenu les mots *Mines et Minières*, *Pêche fluviale*, *Voirie*, de M. Robert, maître des requêtes; les mots *Cours d'eau non navigables*, *Irrigations*, *Usines à eau*, sont encore très-habilement traités par M. Vingtain, avocat; le mot *Péage* est dû à M. Smith; nous sommes coupable, pour notre part, d'avoir rédigé les mots *Ponts et chaussées*, *Procès-verbaux de construction*, *Fournitures et Marchés*.

Pour l'agriculture et le commerce, M. Block avait dans ses collègues, la plupart jeunes hommes d'une rare intelligence, et qui se sont ouvert la voie du progrès sur les questions économiques les plus à l'ordre du jour, des collaborateurs très-versés dans ces matières. Ainsi, les mots *Douanes*, *Entrepôt*, *Cabotage*, *Navigation maritime*, sont de M. Ozenna, chef de bureau; les mots *Monts de piété*, *Traité de commerce*, de M. Richelot, également chef; le mot *Société anonyme*, de M. Langlois, autre chef; les mots *Approvisionnements de Paris*, *Boucherie*, *Boulangerie*, *Céréales*, *Bourse de commerce*, *Eaux minérales*, *Établissements insalubres*, *Médecine et Pharmacie*, etc., de M. Foubert; les mots *Concours d'animaux*, *Haras*, *Louveterie*, de M. Portier; les articles *Agriculture*, *Arbres*, *Bergerie impériale*, *Chambre consultative du commerce*, *Colonies agricoles* et bien d'autres non moins importants, de M. Eugène Marie, sous-chef; les mots *Forêts*, *Reboisement*, sont de M. Tassy, inspecteur des forêts. M. Block a écrit les mots *Brevets d'invention*, *Mercuriales*, *Poids et mesures*, *Statistique*, et il appartient précisément

au bureau de la Statistique. Nous croyons pouvoir lui attribuer la rédaction d'un grand nombre de mots non signés, contenant des notions aussi utiles que variées, et qui ne devaient pas être omises.

Une partie savante de la coopération générale, c'est enfin d'avoir fait suivre tous les mots vraiment importants d'une notice bibliographique, étendue et fort soignée, propre à diriger dans les recherches le lecteur qui sera dans la nécessité d'approfondir les questions seulement ébauchées dans le dictionnaire.

Le *Dictionnaire de l'administration française* est un livre d'une utilité évidente pour tous les hommes de cabinet : juges, membres du ministère public, avocats et officiers ministériels, tous ceux qui ont le maniement des intérêts de la propriété, rencontrent incessamment dans leurs travaux des questions administratives. Les préfets, sous-préfets, conseillers de préfecture, les ingénieurs des ponts et chaussées et des mines, les directeurs, inspecteurs et contrôleurs de tous nos services financiers, les maires, les conseillers généraux et municipaux, sont dans la nécessité journalière de constater les lois et règlements, et la jurisprudence concernant d'autres services, par la fréquence des rapports inattendus des diverses parties de l'administration publique entre elles. Or, rien n'est plus commode qu'un dictionnaire pour se procurer des renseignements sur un objet peu connu, et répondre aux nécessités de la correspondance administrative.

L'œuvre de M. Block nous paraît des plus consciencieuses. Nous n'avons pas l'exemple d'une association intellectuelle conduite avec autant d'entente et de vigueur d'exécution. Un juste espace a été assigné pour chaque mot, suivant son importance, comme les cellules des abeilles qui sont soumises à un calcul mathématique si précis, et chaque auteur y a déposé son miel, le précieux produit de son expérience, avec une telle harmonie d'ensemble qu'il semblerait que c'est l'ouvrage d'un seul ouvrier. A M. Block revient l'honneur d'avoir imprimé ce cachet d'unité au *Dictionnaire de l'administration française*. L'exécution typographique en est remarquable. La beauté du papier fait encore ressortir la netteté du caractère. La justification de ce volume à deux colonnes est la même que celle des volumes de la librairie Guillaumin, tels que le *Dictionnaire de*

l'économie politique. Nous espérons que le *Dictionnaire de l'administration française* aura bientôt pris place dans toutes les bibliothèques.

COTELLE.

PRÉCIS DU DROIT DES GENS MODERNE DE L'EUROPE,

Par G. J. DE MARTENS. — Nouvelle édition, revue, etc., par M. Ch. VERGÉ.
Deux volumes. — Paris, Guillaumin, 1858.

Compte rendu par M. BERGSON, docteur en droit.

« Grotius avait mis la guerre avant la paix dans son célèbre traité de *Jure belli ac pacis*, » disait naguère M. Laferrière avec un sens profond¹; « l'auteur allemand (M. Heffter) adopte pour division fondamentale le *droit de la paix et le droit de la guerre*; et cette différence essentielle marque la distance qui sépare l'époque où le publiciste hollandais a fondé la science du droit des gens, et celle où le professeur de Berlin résume tous les principes de la même science au XIX^e siècle. »

De Martens écrivait à cette époque intermédiaire où le vieil édifice politique de l'Europe était sur le point de s'écroûler dans les décombres de la révolution. Peu favorable au mouvement philosophique du XVIII^e siècle, adversaire de Wolff le philosophe et de Vattel son abrégiateur, il s'est rangé parmi les publicistes de la vieille école, qui nient l'existence d'un droit naturel des nations, qui n'admettent qu'un droit des gens positif fondé sur les traités et les usages, école qui compte dans ses rangs Bynkershoek, de Réal et la plupart des publicistes allemands.

Tirer des faits les principes dirigeants et les classer dans un ordre méthodique, formuler un système de droit des gens basé uniquement sur les conventions et les usages, en éliminer des éléments étrangers empruntés tantôt au droit naturel tantôt au droit privé, éclairer les règles ainsi établies par des exemples bien choisis, propres à en fixer le sens et la portée, tel est le problème que de Martens s'est proposé de résoudre dans son précis du droit des gens. Les matériaux existaient sans doute :

¹ Rapport sur ma traduction du *Droit international public de l'Europe* de Heffter, Séances et Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, juin 1858, p. 455.

le savant Jean-Jacques Moser, avec une patience, avec une fécondité prodigieuses; avait récueilli l'ensemble des traités et des usages qui, dans le cours des trois derniers siècles; étaient venus former successivement le droit commun de l'Europe. C'est avec ces matériaux que Martens a composé son *précis*, le plus clair, le plus net qui existe sur le droit des gens. Mais ce livre, publié d'abord en 1788, réimprimé depuis en 1796, 1801 et 1820, a beaucoup vieilli. Marqué au coin d'une sympathie non dissimulée pour la vieille politique des Cours allemandes, d'une antipathie très-prononcée contre les doctrines et les faits auxquels la France a eu le privilège d'attacher son nom, il fallait le mettre au niveau des progrès que le droit des gens a réalisés depuis un demi-siècle. Il fallait en même temps le rapprocher des idées françaises.

Cette tâche M. Vergé l'a abordée. Il y avait été précédé par Pinheiro Ferreira. Homme de théories abstraites et absolues, partisan du droit et de l'état social naturels, ultra-constitutionnel, Pinheiro a dû se trouver peu satisfait des solutions du texte qu'il s'était proposé de commenter, et ce n'est pas sans un sentiment pénible qu'on voit ainsi le commentateur presque toujours aux prises avec son auteur. M. Vergé a su éviter cet écueil: Avec cet esprit élevé, tout académique; qui cherche à concilier le respect dû à des doctrines traditionnelles avec les intérêts et les besoins du présent, il n'a pas franchi les limites du commentaire, tout en y faisant rentrer ce que la science moderne et le génie philosophique ont produit de plus élevé:

Dans une introduction remarquable, M. Vergé retrace l'objet et l'histoire du droit des gens. Contrairement à ce que Martens, il établit la nécessité d'un droit des gens instinctif, qui préexiste au droit des gens formulé et codifié. Le droit des gens est la science de la justice, en dépit de la politique qui est la science ou plutôt l'art des intérêts. Deux doctrines s'opposent aujourd'hui aux progrès effectifs du droit international: c'est la théorie de la légitimité et celle des faits accomplis. L'une a été mise en avant par les partisans du mysticisme politique; l'autre par les matérialistes de la politique qui ne voient rien au delà du fait et du jour présent. Le mouvement qui porte les nations vers un mutuel rapprochement a été tellement accéléré depuis un demi-siècle; qu'on serait tenté de croire qu'il ne date que de cette époque. Les conventions postales et télégraphiques, celles rela-

tives aux voies de fer internationales, à la navigation, à la protection de la propriété littéraire, artistique et industrielle, les unions douanières, les conventions monétaires, les nouveaux principes inscrits dans le traité de Paris, ne sont-ce pas autant d'indices d'une transformation complète des rapports des nations? L'opinion publique, cette reine du monde, ne fait-elle pas écouter de plus en plus sa voix dans les conseils des rois? La guerre elle-même n'a-t-elle pas commencé à perdre, en partie du moins, son caractère sauvage et barbare, et à faire place à une intervention arbitrale et amiable? Le droit des gens ne tend-il pas ainsi à se rapprocher du droit naturel, et le vieux Martens lui-même, placé en présence de toutes ces nouvelles richesses du dictionnaire diplomatique ignorées en son temps, ne se verrait-il pas forcé à s'incliner devant tous ces phénomènes de nature à mettre en défaut sa science trop étroite?

Après avoir jeté un coup d'œil sur le passé et l'avenir du droit international, M. Vergé entre dans l'explication du texte. Il démontre partout les fondements philosophiques de ce droit qui, privé qu'il est de la sanction d'une autorité coercitive, repose essentiellement sur l'idée de la justice. De nombreux emprunts faits aux publicistes les plus récents tendent à mettre le texte au niveau de tous les progrès de la science. M. Vergé a cité surtout, avec une certaine prédilection, l'ouvrage de M. Heffter, d'abord dans l'édition allemande, ensuite dans mon édition française. Ses notes, qui quelquefois deviennent de véritables dissertations, sont écrites avec la forte méthode à laquelle nous a habitués le traducteur de *Zachariae*. Nous avons remarqué notamment celles relatives aux fondements du droit naturel, de la morale et du droit des gens (p. 30, 35 et 48), à la souveraineté (p. 97), à l'occupation et au domaine international, spécialement en ce qui concerne les lacs, les rivières et la mer (p. 120, 125, 130 et 137); ses observations sur le droit d'intervention (p. 202) et d'émigration (p. 246), sur l'extradition (p. 267), sur l'exterritorialité (t. II, p. 105, 108, 114, 118, 123), sur les droits et sur les devoirs des neutres (t. 2, p. 293 et suiv.).

Enfin une bibliographie raisonnée du droit des gens, classée par ordre de matières, pour laquelle nous avons été heureux de pouvoir fournir à l'auteur quelques matériaux, termine le second volume du présent ouvrage.

BERGSON.

MÉLANGES DE DROIT ET D'HISTOIRE,

PAR M. BENECH, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Compte rendu par M. A. BATBIE, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris.

De savantes monographies sur la *quotité disponible entre époux*, *l'adoption des enfants naturels*, *l'emploi et le remploi sous le régime dotal*, avaient fait connaître le nom de Benech au Palais et à l'École. Il suffit de le prononcer pour réveiller le souvenir des débats et des procès où les travaux du professeur furent invoqués et attaqués par les avocats. Sur la plupart de ces questions, la jurisprudence, en se fixant, a fait cesser la controverse; mais le nom de Benech est resté attaché à l'histoire de ces discussions.

Dans les intervalles qui séparèrent ces publications, M. Benech fit paraître plusieurs travaux sur des sujets d'histoire du droit. Non-seulement les mémoires n'ont eu aucune notoriété parmi les praticiens auxquels ils n'étaient pas destinés; ils sont même demeurés presque inconnus des savants qui se consacrent à ce genre d'études. Cela ne tenait pas assurément à la manière dont ils étaient composés, mais aux circonstances pour lesquelles ils étaient faits.

M. Benech, en effet, était membre de toutes les académies auxquelles Toulouse doit sa réputation scientifique et littéraire. Les *Jeux floraux*, les *Inscriptions et Belles-Lettres* lui avaient ouvert leurs rangs, et il avait lui-même fondé l'*Académie de législation*, précieuse institution qui, dès son origine, fut accueillie par l'approbation des savants, et qui a pris une grande importance depuis qu'elle a été chargée par M. le ministre de l'instruction publique de juger le concours général entre les docteurs lauréats de toutes les Facultés de droit.

M. Benech était un académicien consciencieux. Tous les ans ou à peu près, il payait sa dette académique à chacune de ces trois compagnies. On comprend dès lors, quoique la carrière de M. Benech n'ait pas été longue, que peu d'années aient suffi pour réunir un riche trésor de recherches et de découvertes. Mais tous ces travaux étaient réduits à la publicité naturellement très-restreinte des recueils que ces académies faisaient distri-

buer à leurs membres ; aussi n'obtinrent-ils guère , du vivant de leur auteur, que les honneurs d'une réputation locale.

La famille de M. Benech a eu l'heureuse pensée de rendre accessibles au public les plus importants de ces mémoires, en les réunissant dans un seul volume sous le titre de *Mélanges de droit et d'histoire*. L'Académie de législation s'est empressée, pour rendre hommage à la mémoire de son fondateur, d'accepter le patronage de cette publication, et a chargé un de ses membres, M. Molinier, de composer une notice sur la vie et les ouvrages de M. Benech. Cette biographie est placée en tête du volume. Jamais mission ne fut remplie avec plus de conscience, et il est facile de juger que M. Molinier s'est acquitté d'une tâche qui lui était douce. A chaque page, on reconnaît les sentiments qui l'unissaient à un ancien collègue, dont la carrière avait commencé avec la sienne. Pour donner une idée exacte des dissertations qui ont été insérées dans le recueil, nous n'aurions rien de mieux à faire que de reproduire la préface de M. Molinier. Mais resserrés dans les bornes d'un article bibliographique, nous sommes obligés d'abréger.

Deux périodes historiques attireraient particulièrement l'attention de M. Benech : c'étaient l'invasion barbare et les troubles religieux du XVI^e siècle. Cette préférence était naturelle. Le Ve siècle offrait le spectacle de la civilisation romaine en face de la barbarie conquérante, de la fusion des vainqueurs et des vaincus. C'était un curieux sujet d'études qui avait tenté plus d'un savant et qui devait intéresser, à un degré particulier, un jurisconsulte né dans le Midi. Dans cette partie de la France, en effet, Rome avait triomphé de son vainqueur (*victorem cepit*) par l'influence de ses mœurs et de ses institutions. C'est ainsi que l'élément romain conservé par le Midi entre dans la société française telle qu'elle existe, telle que l'a faite le long travail de fusion préparée par la monarchie et consommée par la révolution. M. Benech avait deux raisons pour diriger ses études vers cette époque. Comme professeur de droit romain, il était curieux de connaître ce qu'étaient devenues, dans le chaos de l'invasion, ces institutions dont il avait le devoir de rechercher l'origine et le développement. Né dans le Midi, il tenait à savoir comment et dans quelle mesure son pays avait contribué à la formation de notre société. Il publia successive-

public romain et gallo-romain ; 2° *Toulouse, cité latine, ou Du droit de latinité dans la Narbonnaise et dans les provinces romaines en général* ; 3° *La lex Romana visigothorum, ou Bréviaire d'Alaric*¹.

Les événements généraux du XVI^e siècle ont été souvent racontés, et il ne reste à l'historien d'autre tâche que d'en faire un récit moins partial, moins passionné. Les événements qui se passèrent en province sont, au contraire, peu connus, quoiqu'ils soient aussi intéressants à étudier que les faits principaux. Ce que je viens de dire est spécialement vrai pour le Midi. Nulle part les passions religieuses n'éclatèrent avec plus d'ardeur ; nulle part elles ne commirent autant d'excès et ne donnèrent lieu à plus de mesures exceptionnelles. M. Benech aimait à faire revivre cette époque lugubre telle qu'elle s'était passée dans son pays. Il aimait surtout à tirer de l'obscurité des hommes que la postérité avait injustement oubliés, des magistrats courageux, à qui, pour égaler L'Hôpital, il n'avait manqué que de pouvoir déployer leur caractère dans des fonctions plus élevées. Les biographies de Gérard de Maynard, conseiller au Parlement de Toulouse, et de l'avocat général de Beloy², furent écrites dans cet esprit par M. Benech. Il indique lui-même son but lorsqu'au commencement de la biographie de de Beloy il cite ces paroles de l'historien de Thou : « Il est du bien public » que son nom passe à la postérité, et que le zèle dont il avait brûlé pour la patrie soit toujours devant les yeux de ceux » aux talents desquels elle a droit³. »

Avant de faire revivre ces grandes figures de l'ancienne magistrature, il avait étudié les origines de l'Université de Toulouse. Là aussi il avait trouvé de beaux souvenirs, de respectables traditions. M. Benech était de ceux qui aiment à rattacher le présent au passé, et qui honorent d'autant plus les institutions qu'elles sont plus anciennes. Aussi ses fonctions lui paraissaient-elles plus attrayantes depuis que ses recherches lui avaient appris qu'il enseignait dans une école illustrée par des jurisconsultes, tels que Antoine de Martres, Jean de Duval, François de Boutaric, Louis d'Astruc, de Bastard, de Carrière, et Rousset, comte de Folmont, ce hardi conventionnel qui eut le

¹ *Mélanges*, p. 487 à 621.

² *Mélanges*, p. 309 à 421.

³ *Mélanges*, p. 371.

courage, non-seulement de voter, mais encore de parler contre le jugement et la condamnation de Louis XVI. Il traça la biographie de ces ancêtres dans une brochure intitulée : *De l'enseignement du droit français dans la faculté du droit civil et canonique de l'ancienne Université de Toulouse*¹. Ce n'était pas le premier hommage que M. Benech avait rendu à la mémoire de ses devanciers.

Depuis longtemps il était admis sans contestation que Cujas s'était présenté pour remplir une chaire à la Faculté de Toulouse, et qu'il avait été repoussé par les professeurs dont il désirait être le collègue. Le grand jurisconsulte du XVI^e siècle avait échoué, disait-on, contre Forcadel, obscur professeur qui devait sa triste célébrité à la gloire de celui qu'il avait vaincu. M. Berryat-Saint-Prix avait répété cette tradition dans son *Histoire de Cujas*. M. Benech combattit courageusement cette assertion dans une brochure intitulée *Cujas et Toulouse*². Les documents nouveaux qu'il produisit ébranlèrent fortement ce vieux préjugé, et s'ils ne suffirent pas à trancher définitivement la question, du moins firent-ils naître dans le public le doute qui ne permet pas de condamner.

M. Benech ne se bornait pas à étudier des questions refroidies par le temps. Souvent il s'inspira des circonstances présentes et mêla la science aux passions du jour. Quand la propriété fut attaquée dans son principe, il la défendit avec ses souvenirs de romaniste. Aux déclamations qu'il entendait prononcer contre cette base fondamentale de l'ordre social, il opposa le *respect des Romains pour la propriété*³. « Je me propose, disait-il, de mettre en relief le respect que les Romains professaient pour la propriété. Ce respect a été grand ; nulle part il n'a été plus profond. La propriété privée fut sans doute, chez ce peuple, l'objet de nombreuses atteintes ; mais ces atteintes semblent, à cause de leurs caractères particuliers, avoir communiqué au principe une force nouvelle. »

Telles sont les dissertations qui ont trouvé place dans ce volume de *Mélanges*. Ceux qui se consacrent à l'histoire du droit s'empresseront de les lire. Nous en recommandons aussi la lecture à ceux qui s'occupent de l'histoire politique de notre

¹ *Mélanges*, p. 183.

² *Ibid.*, p. 3 et 141

³ *Mélanges*, p. 421.

pays. Tout se tient dans les sociétés, et il est impossible de bien juger les événements, si on les regarde isolément sans se préoccuper de leurs rapports avec les institutions juridiques. Les faits que l'histoire raconte sont comme les phénomènes de la vie; comment les connaître et les apprécier justement, si on ne se rend bien compte des fonctions des organes, si on ignore les rapports qui existent entre eux? C'est un des mérites de l'école moderne d'avoir cherché à éclairer l'histoire par le droit. Peut-être cette méthode n'a-t-elle pas été pratiquée avec assez de persévérance. Benech en était persuadé, et je l'ai souvent entendu disant que « l'impulsion donnée à la manière » d'étudier l'histoire, par MM. Guizot, Thierry, Fauriel, etc., etc., » s'était trop vite arrêtée, qu'il fallait refaire l'histoire en suivant cette méthode, et qu'il y avait beaucoup de gloire à » recueillir en marchant dans cette voie. » A. BATBIE.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Académie des sciences morales et politiques. V. Bibliographie.	
Acte de protestation V. Billet perdu.	
Animaux attachés à la culture.	407
Approvisionnement de Paris. — Si toutes les denrées, comme fruits et légumes, destinées à l'alimentation de Paris, expédiées pour cette ville et non accompagnées par le producteur, doivent passer par le carreau des halles pour y subir l'examen des préposés et la concurrence de la criée; — ou si, au contraire, elles peuvent être adressées directement à des marchands revendeurs domiciliés à Paris, qui les reçoivent, soit pour leur compte, soit pour le compte du producteur dont ils sont consignataires.	54
Arbitrage forcé. V. Bibliographie.	
Autorisation. V. Femme mariée.	
Avoine. V. Foins.	
Bibliographie. — Du notariat et des offices, par M. A. Jeannest Saint-Hilaire.	87
— Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale, par M. Alauzet.	93
— Sur le compte rendu, par M. Ch. Vergé, des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques.	190
— Cours de droit civil français d'après Zachariæ, par MM. Aubry et Rau.	192
— Considérations sur l'enseignement du droit administratif, par M. Mallein.	369
— Explication analytique et synthétique des lois nouvelles sur les commandites par actions, l'arbitrage forcé et les concordats par abandon, par M. Bravard-Veyrières.	379
— Règles de droit et de morale tirées de l'Écriture sainte, par M. Dupin aîné.	469
— Droit administratif, par M. Dufour.	543
— Dictionnaire de l'administration française, par M. Maurice Block.	550
— Précis du droit des gens moderne de l'Europe, par G. J. de Martens. Nouvelle édition revue par M. Ch. Vergé.	557
— Mélanges de droit et d'histoire, par M. Benech.	560
— V. Coutume de Poitou.	

566 TABLE DES MATIÈRES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Billet perdu. — L'acte de protestation doit être précédé des formalités requises par les articles 151 et suivants du Code de commerce.	118
Cheptel. — Dans quel cas, donné même au fermier par le propriétaire, ne devient-il pas immeuble par destination?	395
Code de commerce et législation commerciale. V. Bibliographie.	
Codification. — De la lettre des lois.	235
— Suite.	439
Commandites par actions. V. Bibliographie.	
Concordats par abandon. V. Bibliographie.	
Coutume de Normandie. — Ses rapports avec le droit scandinave. . .	6
Coutume de Poitou. — Sur un exemplaire de la très-ancienne coutume de Poitou, existant à la bibliothèque de la Cour de cassation. — Détails sur les anciens Coutumiers du Poitou. — Mémoire fait pour Klumrath sur les éditions du Coutumier et sur les notes des anciens exemplaires. — Déclarations de notoriété sur certains points de coutume. — Recherches sur la famille Gabriau de Riparfonds et sur M. de Riparfonds, avocat au Parlement de Paris, fondateur de la bibliothèque de l'Ordre des avocats.	284
Crédit foncier. V. Hypothèque.	
Crédit (ouvertures de). V. Hypothèque.	
Délit. — Essence du délit; ses conditions.	504
— Envers quels êtres on peut délinquer.	514
— Qui est-ce qui peut délinquer.	521
Dettes publiques. V. Droit administratif.	
Distilleries industrielles. — Incident législatif à leur occasion.	415
— Leurs ustensiles ne sont pas immeubles. . .	496
Droit administratif. — Limite de la compétence judiciaire en matière de contrat, de dette publique et de responsabilité civile.	212
— Marchés de travaux publics.	213
— Marchés de fournitures.	216
— Dette publique.	223
— Actions en responsabilité civile contre l'administration ou ses représentants.	227
— Traité général de droit administratif appliqué. V. Bibliographie.	
— Dictionnaire de l'administration française. V. Bibliographie.	
Droit international. V. Exemption.	
Droit scandinave. — V. Coutume de Normandie.	
Duel. — Suite du rapport sur le duel, préparé en 1851 pour être soumis à l'Assemblée législative.	27
— Plan du projet de loi et explication de ses détails.	27
— Ensemble du projet de loi arrêté par la commission de l'Assemblée nationale.	52
Engrais. V. Pailles.	
Enseignement du droit administratif. V. Bibliographie.	

TABLE DES MATIÈRES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE. 567

	Pages.
Étude sur la règle <i>Non bis in idem</i>	417
Exemption de juridiction des agents diplomatiques. — De la renoncia- tion à ce privilège.	124
— En matière civile	125
— En matière criminelle.	139
Femme mariée. — La femme mariée, autorisée par le juge à ester en justice pour former une demande, a besoin d'une autorisation spéciale pour interjeter appel du juge- ment qui repousse son action. — Cette autorisation ne peut être sollicitée ni accordée avant que le juge- ment ait été rendu.	115
— V. Reprises.	
Foin. — Il n'est pas immeuble par destination.	499 et 500
Fonds. — Le mot <i>fonds</i> , dans l'article 524, s'entend du fonds immo- biller, et ne doit pas se confondre avec le fonds industriel ni le fonds de commerce.	402
Fruits et légumes. V. Approvisionnement de Paris.	
Histoire du droit. V. Coutume de Normandie, — Coutume du Poitou.	
— Mélanges de droit et d'histoire. V. Bibliographie.	
Hypothèque. — Elle peut être attachée aux promesses de prêt et aux ouvertures de crédit.	193
— Si l'hypothèque stipulée accessoirement à ces contrats doit être validée, quels que soient les termes de l'engage- ment.	196
— Quelle est, pour un crédit limité, l'étendue de l'hypo- thèque ou la mesure dans laquelle elle affecte l'im- meuble, quant aux sommes promises et quant à la durée du crédit.	197
— Par quels moyens prouver la réalisation du prêt	203
— De quel jour l'hypothèque prend rang.	206
— Règle spéciale aux prêts du crédit foncier.	210
Immobilisation des meubles corporels sous le Code Napoléon.	385
— Suite et fin.	481
Instruments de jardinage. — S'ils sont immeubles par destination. . .	411
Jugement d'adjudication. V. Purge légale.	
Jury. — Notions fondamentales sur la justice par jury. — But de son institution.	529
Justice civile. — Étude par M. Lavielle. — Interlocutoire. — Enquête.	
— Interrogatoire, comparution et serment. — Rapport d'experts. — Descente sur les lieux.	315
Lemenuet (Jules). — Nécrologie.	382
Lois mosaïques. — Leurs rapports avec les coutumes.	475
— Leur esprit sur la propriété.	477
Marchés de fournitures. V. Droit administratif.	
Marchés de travaux publics. V. Droit administratif.	
Morcellement des terres et partages d'ascendants.	360
Notariat et offices. V. Bibliographie.	

568 TABLE DES MATIÈRES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Pailles et engrais. — Du cas où le propriétaire en fait commerce. . . .	499
— Différence entre le cas du règlement de communauté et celui de vente de l'immeuble à un tiers. . . .	500
Partages d'ascendants. V. Morcellement des terres.	
Perpétuelle demeure. — Pourquoi ces mots ne se trouvent-ils pas dans la première partie de l'article 525 du Code Napoléon?	404
Politique sacrée.	471
Pressoirs. — L'article 524 ne parle que de pressoirs mobiles.	415
Privilèges diplomatiques. V. Exemption.	
Promesses de prêt. V. Hypothèque.	
Purge légale. — Si la purge de l'hypothèque légale doit avoir lieu avant ou après le jugement d'adjudication.	152
Règles de droit et de morale. V. Bibliographie.	
Reprises de la femme. — Retour de jurisprudence. Arrêt du 16 janvier 1858.	1
— Examen doctrinal de cet arrêt.	97
— Dans ses rapports avec son mari, la femme doit-elle toujours être considérée comme copropriétaire des objets qui composent la communauté, quand elle l'accepte?	106
Responsabilité civile. V. Droit administratif.	
Riparfonds (<i>Gabriau de</i>). V. Coutume de Poitou.	
Semences. — Ne sont pas immobilisées par leur destination tant qu'elles n'ont pas été remises au fermier ou ne sont pas parvenues au domaine auquel elles sont destinées.	412
Transactions. — Des causes de leur nullité.	81
Transcription. — Suite de la transcription en matière hypothécaire, d'après les lois allemandes.	163
Usines. — Incertitudes sur le sens de ce mot.	482
— Si le sens du mot est changé, il le faut prendre dans le sens où le Code l'a pris en 1804.	485
— Étymologie et analogie résultant de l'origine.	487
— Définition selon l'article 524.	491
— Usines sans moteur.	494
— Usines à vapeur. — Restrictions.	495
— Une salle de spectacle n'est pas une usine.	498

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

	Pages.
A. BATHIE : Bibliographie. — Sur les Mélanges de droit et d'histoire de M. Benech.	560
BERGSON : De la transcription hypothécaire d'après les lois allemandes.	163
— Bibliographie. — Sur le Précis du droit des gens moderne de l'Europe.	557
BUFNOIR : Bibliographie. — Sur l'explication analytique et synthétique des lois nouvelles sur les commandites par actions, l'arbitrage forcé et les concordats par abandon, par M. Bravard-Veyrières.	379
CABANTOUS : Droit administratif. — Limite de la compétence judiciaire en matière de contrats, de dette publique et de responsabilité civile.	212
COIN-DELLISLE : Bibliographie. — Du notariat et des offices, par M. A. Jeannest Saint-Hilaire.	87
— Examen doctrinal, sur l'immobilisation des meubles corporels.	385
— Suite et fin.	481
COTELLE : Bibliographie. — Sur le Dictionnaire de l'administration française, par M. Maurice Block.	550
DUBERNET DE BOSCOQ : Projet de Code rural. — Morcellement des terres. — Partage d'ascendants.	360
G. GENREAU : Approvisionnement de Paris; marché des Innocents.	54
GIRARD DE VASSON : Étude sur la règle <i>Non bis in idem</i>	417
F. LAFERRIÈRE : Esprit et origine de la coutume de Normandie. Ses rapports avec le droit scandinave.	6
— Bibliographie. — Rapport lu à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Mallein, <i>Considérations sur l'enseignement du droit administratif</i>	369
— — Sur les Règles de droit et de morale, par M. Dupin aîné.	469
— — Sur le Traité général de droit administratif appliqué, par M. Dufour.	548
LAVIELLE : Études sur l'administration de la justice civile (suite).	315
J. LELORRAIN : Jugement d'adjudication, purge légale.	152
A. MUGNIER : Des causes de nullité des transactions.	81
KOENIGSWARTER : Bibliographie. — Sur le Commentaire du Code de commerce, par M. Alauzet.	93
— Chronique étrangère.	96

570 TABLE DES ARTICLES PAR NOMS DES AUTEURS.

	Pages.
FL. MIMEREL : Examen doctrinal de jurisprudence. — Reprises de la femme. Autorisation de femme mariée pour ester en justice. — Billet perdu; acte de protestation.	97
NICIAS GAILLARD : D'un exemplaire de la très-ancienne Coutume de Poitou, existant à la bibliothèque de la Cour de cassation.	285
PAUL PONT : Examen doctrinal. — Prélèvements et reprises de la femme. — Retour de jurisprudence.	1
— Bibliographie. — Sur le compte rendu par M. Ch. Vergé des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques.	190
— — Sur le 6 ^e volume du Cours de droit français d'après C. S. Zachariæ , par MM. Aubry et Rau	192
— Examen doctrinal de jurisprudence : Sur l'hypothèque attachée aux promesses de prêt et aux ouvertures de crédit.	193
— Nécrologie sur M. Jules Lemenuet	382
ROUSSET : De la lettre des lois ou de la codification.	235
— Suite.	439
VALETTE : Rapport sur le duel.	27 et 52
A. VILLEFORT : Droit international; privilèges diplomatiques. — De la renonciation au privilège de l'exemption de juridiction.	124

ERRATA.

- Page 84, ligne 38, au lieu de transaction nulle, lisez transaction, et cette transaction est nulle, etc.*
- 85, — 27, *au lieu de qui, lisez que.*
- 414, — 13, *au lieu de § 9, lisez § 10.*
- 414, — 24, *au lieu de lecteurs, lisez auteurs.*
- 414, — 32, *au lieu de § 9, lisez § 10.*
- 414, — 34, *au lieu de § 9, lisez § 10.*
- 500, — 39, *après les mots : Cette doctrine me paraît nouvelle, ajoutez : et par conséquent hasardée. V. ci-dessus, n° 15, p. 395.*

